

هَيَاتُ الْمَطْلَبِ

فِي دَرَايَةِ الْمَذْهَبِ

لِلْإِمَامِ الْحَرَمِيِّ

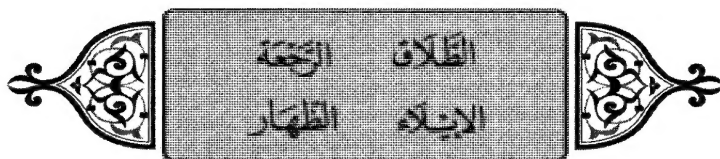
عَبْدُ الْمَلِكِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ يُوسُفَ الْجَوَيْنِيِّ

رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى

(٤١٩-٤٧٨ هـ)

حَقَّقَهُ وَصَنَعَ فِهْرَتَهُ

أ.د. عبد العظيم محمود الديب



دار الكتب والوثائق القومية



الطبعة الأولى

١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م

جميع الحقوق محفوظة للناسر

دار المنهاج للنشر والتوزيع

جدة - هاتف رئيسي ٦٣٢٦٦٦٦ - فاكس ٦٣٢٠٣٩٢

الإدارة ٦٣١١٧١٠ - المكتبة ٦٣٢٢٤٧١

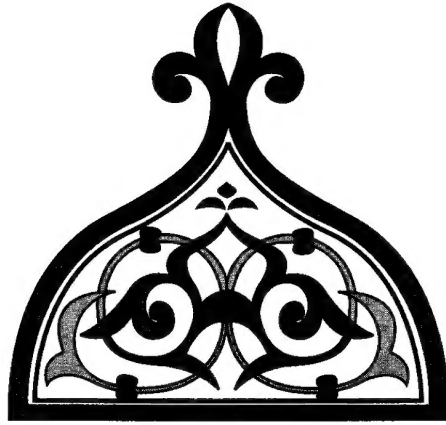
تَنْبِيْهَانِ

أَوَّلًا:

هَذَا الْكِتَابُ بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ أَلْفَ عَامٍ تَقْرِبًا، فَإِذَا رَأَيْتَ مِنْ
ظَوَاهِرِ اللُّغَةِ وَالْأَسَالِيبِ غَيْرَ مَأْلُوفِكَ وَمَعْهُدِكَ، فَلَا تُحَاوِلُ
أَنْ تَحْمِلَ لُغَتَهُ عَلَى لُغَتِكَ، وَلَا تُسَارِعَ بِحَمْلِ ذَلِكَ عَلَى الْخَطَأِ
وَسَهْوِ الْمُحَقِّقِ وَتَقْصِيرِهِ، فَهَذِهِ هِيَ لُغَةُ عَصْرِهِمْ، وَهَذَا
أُسْلُوبُهُمْ، وَهُوَ صَحِيحٌ سَلِيمٌ، وَإِنْ لَمْ يَعُدْ مَأْلُوفًا لَدَيْنَا
وَمُسْتَعْمَلًا عِنْدَنَا وَلَا جَارِيًا عَلَى أَلْسِنَتِنَا.

ثَانِيًا:

إِبْرَاءٌ لِلذِّمَّةِ، وَخُرُوجًا عَنِ الْعَهْدَةِ نُذِّنُّهُ:
أَنَّ بَرْنَاجَ الصَّفِّ اسْتَحَالَ عَلَيْهِ كِتَابَةُ الْهَمْزَةِ الْمُطَّرَفَةِ الْمَكْسُورِ
مَاقِلَهَا عَلَى الْيَاءِ، مِثْلُ: قَارِي، يُجْزَى. فَتَنْبَهُ لِدَٰلِكَ.



وَلَوْ أَعْتَنَى الْفَقِيهُ مُحَلِّ مُشْكِلَاتِ الْفِقْهِ، كَانَ أَوْلَى مِنْ
الِاسْتِغَالِ بِتَعْقِيدَاتٍ فِي الصُّورَةِ.

الإمام
في نهاية المطالب



كتاب الطلاق

قال الشافعي رضي الله عنه : « قال الله تعالى : ﴿ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾ ... إلى آخره » ^(١) .

٨٩٢٠- الأصل في الطلاق آيات في الكتاب معروفة ، وسننٌ ستأتي في مواضعها على حسب مسيس الحاجة إليها ، إن شاء الله عز وجل ، وأجمع المسلمون على أصل الطلاق .

وهو في اللسان من الإطلاق يقال : أطلقتُ البعير إذا أرسلته وحللت عقاله ، وأطلقتُ الأسير إذا خلّيته ، وهو لفظ جاهلي ورد الشرع باستعماله وتقريره ، وقيل : كان الطلاق في الجاهلية على أنحاء : الطلاق ، والفراق ، [والسراح] ^(٢) ، والظهار والإيلاء ، وأنت عليّ حرام . قالت عائشة رضي الله عنها : جاء الشرع بنسخ البعض وتقرير البعض .

ثم الشافعي صدر الكتاب بقوله تعالى : ﴿ يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾ [الطلاق : ١] . قيل : التقدير : يأيها النبي قل لأمتك : إذا طلقتم النساء ، فطلقوهن لعدتهن . وقيل : المذكور النبي في صدر الآية وهو وأمته معنيون ، والشاهد فيه رجوع الخطاب إلى الجمع في قوله إذا طلقتم النساء ، والكلام/ في ذلك يطول ، ١٢٦ ي وما ذكرناه كافٍ ، ثم قوله : « طلقوهن لعدتهن » معناه طلقوهن لوقت يشرعن عقبيه في العدة ، وقيل : كان صلى الله عليه وسلم يقرأ : « فطلقوهن لقبل عدتهن » والظاهر أن هذا كان يذكره تفسيراً .

(١) ر . المختصر : ٦٨/٤ .

(٢) صحفت كلمة (السراح) في الأصل إلى كلمة غير مقروءة ولا معنى لها : (النراح) .

ثم الكتاب [مبدوءً بالكلام]^(١) في الطلاق البدعي والسني ، وهما لفظان أطلقتهما أئمة السلف ، وتداولهما فقهاء الأعصار ، ونحن نذكر فقه الفصل موضعاً ، ثم نأتي بالعبارات ، ونستعين بالله تعالى ، وهو خير معين .

٨٩٢١- فنقول : يحرم على الرجل أن يطلق زوجته المدخول بها في زمان الحيض من غير عوض ولا رضاً من جهتها ، هذا متفق عليه .

وكذلك إذا جامع امرأته في طهر ، ولم يتبين أنها حامل أو حائل ، فيحرم عليه تطليقها في الطهر الذي جامعها فيه من غير عوض .

هذان أصلان ثابتان بالوفاق ، ومستند الإجماع فيهما الحديث ، وهو : ما روي أن ابن عمر طلق امرأته في الحيض ، فسأل عمر رضي الله عنه النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال : « مره فليراجعها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، ثم إن شاء طلق وإن شاء أمسك ، فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء »^(٢) هذا رواية مالك عن

(١) في الأصل : يبدو الكلام .

(٢) حديث طلاق ابن عمر امرأته بهذا السند : مالك عن نافع عن ابن عمر ، وبهذه الألفاظ ، لا ينخرم منها حرف واحد ، رواه البخاري في صحيحه : كتاب الطلاق ، باب وقول الله تعالى : ﴿ يَأْتِيَنَّهَا النَّيُّ إِذَا طَلَّقَتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ﴾ ، ح ٥٢٥١ ، ولهذا الحديث روايات أخرى عند البخاري ، باختلاف في اللفظ ، وزيادات ، وهي بأرقام : ٤٩٠٨ ، ٥٢٥٢ ، ٥٢٥٣ ، ٥٢٥٨ ، ٥٢٦٤ ، ٥٣٣٢ ، ٥٣٣٣ ، ٧١٦٠ .

وهو عند مسلم : كتاب الطلاق ، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ، وأنه لو خالف ، وقع الطلاق ، ح ١٤٧١ ، والرواية الأولى بذات السند : مالك عن نافع عن ابن عمر ، وبذات الألفاظ التي ساقها البخاري ، وهي التي جاء بها إمام الحرمين كما أشرنا آنفاً .

وللحديث عند مسلم روايات عدة بلغت العشرين كلها عن ابن عمر ، منها أربع عن نافع عن ابن عمر ، وثلاث عن سالم عنه ، وباقيها عن ابن سيرين ، ويونس بن جبير ، وعبد الله بن دينار ، وطاوس ، وأبي الزبير ، وهي بألفاظ وزيادات تختلف عن السلسلة الذهبية ، أي الرواية الأولى التي أشرنا إليها وبيننا أنها ذات رواية البخاري .

والحديث عند أبي داود أيضاً في كتاب الطلاق - باب طلاق السنة والبدعة (٤) ، الأرقام من ٢١٧٩ إلى ٢١٨٥ ، والأول منها هو ما جاء عند البخاري ومسلم عن مالك عن نافع عن ابن عمر ، وبذات الألفاظ . والأحاديث الباقية فيها ما أشار إليه الإمام من رواية سالم ، ويونس بن جبير ومحمد بن سيرين .

نافع عن ابن عمر . وروى سالم ويونس بن جبير ومحمد بن سيرين عن ابن عمر ، وفيه : « مره فليراجعها حتى تحيض ثم تطهر »^(١) ، وستكلم على هاتين الروایتين / ١٢٦ ش بعد تمهيد القاعدة في السنة والبدعة ، فنقول :

يحرم إنشاء الطلاق بعد الدخول عرباً عن العوض في زمان الحيض ، والذي نضبط المذهب به أن هذا يؤدي إلى تطويل عدتها ؛ فإن بقية الحيض لا يعتد بها ، وإلى ذلك أشار الرسول صلى الله عليه وسلم ؛ إذ قال : « فتلك العدة التي أمر الله عز وجل أن تُطلق لها النساء » فعلى تحريم الطلاق بإفضائه إلى تطويل العدة ، ولا مزيد على علة صاحب الشرع صلوات الله عليه .

ولو خالعه ، فلا حظر ولا تحريم .

ولو طلقها [برضاها]^(٢) من غير ذكر عوض ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أن ذلك سائغ ؛ لمكان رضاها ، فصار كما لو اختلعت نفسها .

والثاني - لا يجوز^(٣) ؛ فإن حدود الشرع ومواقف التعبدات لا تختلف بالرضا والسخط .

٨٩٢٢- فإن قيل : [على]^(٤) ماذا بنيتم أولاً تحريم الطلاق في الحيض ؟ قلنا : صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قال : « مره فليراجعها » ارتفع عبد الله إلى مجلس رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : « أرايت لو طلقته ثلاثاً ؟ » فقال صلى الله عليه وسلم : « إذن عصيت ، وبانت امرأتك » وما قال عبد الله ما [قال]^(٥) معانداً ، وقدره أعلى من هذا ، وإنما قال مستفهماً ؛ لأنه ما كان بلغه أمر^(٦) البدعة

(١) ت ٦ : « حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر » . وفي هذا خلل واضح ، فهو مخالف لما في كتب الحديث ، ثم أي فرق إذاً بين هذه الرواية والتي قبلها .

(٢) في الأصل : بغير رضاها .

(٣) عدم الجواز هو الأصح المعتمد في المذهب . قاله النووي (الروضة : ٤ / ٨) .

(٤) زيادة من (ت ٦) .

(٥) في الأصل : كان .

(٦) في الأصل : بلغه من أمر البدعة والسنة .

والسنة في الطلاق ، وبنى الأمر على ظاهر الشرع في أن من ملك تصرفاً ، لم يُحْجَر عليه/ فيه ، وأشعر بذلك قوله : « أرأيت لو طلقته ثلاثاً » فأبان له رسول الله صلى الله عليه وسلم أن التطليق في الحيض عصيان .

فإن قيل : من أين أخذتم نفي التعصية في المخالعة ؟ قلنا : أخذناه من حديث زوجة ثابت في أصل الخلع ؛ فإن النبي صلى الله عليه وسلم أمرها بالافتداء وأمره بالقبول ، ولم^(١) يستفصل ، وهو يجري افتداء مخلصاً ولا يليق بروم التخليص [والتخلص]^(٢) تخير الأوقات ، والنظر في تفاصيل الحالات . هذا أصل المذهب .

ثم اتفق حملة الشريعة على أن الطلاق - وإن كان محرماً^(٣) - نافذٌ ، ولا اكتراث بمخالفة الشيعة في ذلك . فهذا ركن .

٨٩٢٣- والركن الثاني في المنع من الطلاق في الطهر الذي وقع الوقاع فيه ، والطلاق عريٌّ عن البذل . وذكر القاضي خلافاً في أن الخلع في الطهر الذي جرى الوقاع فيه^(٤) هل^(٥) يحرم ؟ والسبب فيه أن تحريم^(٦) الطلاق في عقد المذهب [يرتبط]^(٧) بما يفرض من التندّم إن ظهر ولد ؛ فإن الإنسان قد يؤثر طلاق زوجته ، وإن كانت أم ولده ، لم يطلقها ، فيلحقه الندم لو طلق^(٨) ثم تبين الحبل ،^(٩) وفي حالة الحيض يرتبط بتطويل العدة^(١٠) ، فإذا كان المستند لهذا فقد نقول : اختلاعها [في الحيض]^(١١) يشعر بكمال رضاها ؛ فإنها لا تبذل المال إلا على طمأنينة ، فيؤثر هذا

(١) ت ٦ : ولم يفصل ولم يستفصل .

(٢) زيادة من (ت ٦) .

(٣) ت ٦ : محترماً .

(٤) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

(٥) عبارة الأصل : في الطهر الذي وقع الوقاع فيه هذا تحريمٌ والسبب فيه ...

(٦) ت ٦ : التحريم .

(٧) في الأصل : ويرتبط .

(٨) في الأصل : ولو طلق .

(٩) ما بين القوسين سقط من (ت ٦) .

(١٠) زيادة من (ت ٦) .

في رضاها بطول العدة ، وأما الطلاق في الطهر الذي جرى الوقاع فيه ، فمستندٌ إلى أمر الولد ، ولا يؤثر/ رضاها في أمر الولد .

١٢٧ ش

وهذا الذي ذكره القاضي غير مرضي ؛ فإن التعويل على الندم لأجل الولد ليس بالقوي ، وقد أوضحنا فساد ذلك في (الأساليب) ، ولولا أن الشرع تعرض للعدة والنهي عن تطويلها ، لما عللنا بذلك أيضاً ، فالوجه تنزيل الخلع على الخروج عن السنة والبدعة ؛ تعويلاً على الحديث ، والمعنى الكلي الذي أشرنا إليه .

وكان شيخني أبو محمد يحكي عن شيخه القفال أن الأجنبي إذا اختلع المرأة من غير رضاها ^(١) في زمان الحيض فالخلع محظور ؛ فإنه لم يصدر عن رضاها ^(٢) . وهذا الذي ذكره متجه حسن ^(٣) .

ويجوز أن يقال : الخلع كيف فرض [لا يكون بدعيًا] ^(٤) . وهذا الذي يليق بمذهب الاقتداء ، والظاهر ما ذكره القفال ؛ فإن المعتمد ^(٥) في إخراج الخلع عن البدعة الحديث ، وهو وارد في المرأة التي رامت الاختلاع بنفسها .

٨٩٢٤- ثم قال الأصحاب : المذهب ينضبط في السنة والبدعة [ونفيهما] ^(٦) من جهتين ، فإن أحببنا ^(٧) أخرجنا اللواتي لا يلحقهن سنة ولا بدعة وقلنا : هن خَمْسٌ : [المختلعة] ^(٨) ؛ للمعنى الذي ذكرنا ، وغير المدخول بها ؛ فإنه لا عدة عليها ، ولا دخول ، فيتوقع منه الولد ، والحامل ليس في طلاقها بدعة ؛ فإن عدتها لا تطول ،

(١) ما بين القوسين ساقط من (ت ٦) .

(٢) ما قاله القفال هو الأظهر عند الراعي ، والأصح عند النووي (ر . الشرح الكبير : ٤٨٣ / ٨ ، والروضة : ٤ / ٨) .

(٣) في الأصل : ولا يكون بدعاً .

(٤) ت ٦ : فإن معتمد المذهب .

(٥) في الأصل : وتقسيمهما .

(٦) ت ٦ : أوجبنا . وهو تحريف لعله مقصود من الناسخ ؛ فإنه على علم بما يكتب ، ولكنه أبعد النجعة - إن كان قاصداً - فأوجبنا من الإيجاب ، أي الإثبات المقابل للنفي ، على حين المذكور غير هذا ، وقد نص المؤلف في الفقرة التالية على مقابل هذا الضابط ، فقال : وإن أثبتنا .

(٧) سقطت من الأصل .

وإذا كان حملها بيّناً ، فالظاهر أن الطلاق يصدر على وجه لا يستعقب ندماً ، ولا بدعة
ي ١٢٨ في عدة الصغيرة ؛ فإنها تعدد بالأشهر ، وهي / لا تطول ولا تقصر ، وكذلك الآيسة
لا بدعة في طلاقها .

فإن قيل : إن كانت الصغيرة لا يتوقع حملها ، فالآيسة قد يتوقع ذلك منها ، وقد
ينفتق رحمها ويعود حيضها ، فتعلّق . قلنا : البناء على ظواهر الظنون ، ولو
[راجع^(١)] الرجل امرأته الآيسة ، وكان قد واقعها ، فليس فيها مرد متوقع حتى يطلق
عنده .

فهذا ضبط اللواتي لا يلحقهن سنة ولا بدعة ، والطلاق فيهن لا ينعت بحظر
[ولا^(٢)] بسنة .

وإن أردنا الضبط من جانب الإثبات قلنا : البدعة إنما تلحق الحائض الممسوسة في
الطلاق العريّ عن البذل والرضا ، وتلحق التي جومعت في طهرها ، وهي من ذوات
الأقراء .

ثم الطلاق المحظور البدعي ما يصادف - على الشرائط المقدّمة - حيضاً ، أو طهرأ
وقع فيه وقاع ، والطلاق السني هو الذي يصادف طهرأ عريأ عن الوقاع . هذا هو
الأصل المعتبر في الباب .

٨٩٢٥- [وقد قال الشيخ أبو علي^(٣)] : إذا استدخلت المرأة ماء الزوج ، كان ذلك
في إثارة البدعة كالجماع ؛ فإنه يتعلّق به خشية ندامة الولد .

ولو أتاها في غير المأتى ، وعلم أن الماء لم يسبق إلى الرحم ، فهل يثير هذا الوطء
بدعة ؟ فيه تردد ، وميل الشيخ إلى أنه لا يثيرها .

ش ١٢٨ والظاهر عندنا/ أخذ ذلك من العدة ، وقد ذكرنا أن هذا الوطء هل يتضمن العدة ؟

(١) في النسختين : « ولو جامع » والمثبت تقديرنا ، والمعنى « ولو راجع الرجل امرأته الآيسة ،
وكان قد واقعها ، فليس فيها مرد متوقع حتى يطلق عنده » فيكون المعنى : لو أمرناه بمراجعتها
لأنه طلقها بعد وقاعها ، فما المرد المنتظر الذي يطلق عنده . والله أعلم .

(٢) في الأصل : إلا بسنة .

(٣) في الأصل : قال أبو علي .

ولو وطئ امرأته في زمان الحيض ، ثم مضت بقية الحيض ، قال ^(١) : البدعة قائمة حتى تحيض حيضة أخرى بعد الطهر .

وهذا فيه احتمال ؛ فإن بقية الحيض يدل على عدم العلق .

وقال : المرأة إذا طلبت الفیئة من الزوج المولي بعد المدّة ، فلم يفیء ، وطلبت الطلاق وهي في زمان الحيض ، طلقها الزوج ^(٢) أو القاضي ولا بدعة ، وهذا متفق ^(٣) عليه . وإن ذكرنا خلافاً في سؤال الطلاق ؛ لأن هذا طلب حق ، فكان مخالفاً لسؤال من غير استحقاق .

فصل في

قال : « وأحب أن يطلقها واحدة لتكون له الرجعة . . . إلى آخره » ^(٤) .

٨٩٢٦- قال الأئمة : إيقاع الطلاق في الأصل مكروه من غير حاجة ، واحتجوا عليه بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « أبغض الحلال إلى الله الطلاق ، وأحبها إليه العتاق » ^(٥) والفقهاء قد يتساهلون في إطلاق الكراهية ، وأرباب الأصول

(١) قال : البدعة قائمة « القائل هو الشيخ أبو علي ، كما صرح بذلك الرافعي في الشرح الكبير : ٤٨٨/٨ . هذا . وفي نسخة ت٦ : (فإن) بدل (قال) . وهو تصحيف مضلل .

(٢) ت٦ : طلقها الزوج ولا بدعة أو القاضي .

(٣) قوله : « متفق عليه » : هذا فيما إذا طلق القاضي على المولي ، أما إذا طلق هو في الحيض فقد قال الرافعي : « وكان يجوز أن يقال : هو بدعي ؛ لأنه بالإيذاء والإضرار أوجبها إلى الطلب ، وهو غير ملجأ إلى الطلاق ، بل هو يتمكن من أن يفیء إليها ، والمطلوب أحد الأمرين من الفیئة أو الطلاق ؛ فلا ضرورة له إلى الطلاق في الحيض ، (ر . الشرح الكبير : ٤٨٣/٨) وبمثله قال النووي في الروضة : ٤/٨ .

(٤) ر . المختصر : ٦٩/٤ .

(٥) حديث : « أبغض الحلال إلى الله الطلاق » رواه أبو داود : كتاب الطلاق ، باب في كراهية الطلاق ، ح ٢١٧٨ ، ورواه ابن ماجه أيضاً : كتاب الطلاق ، ح ٢٠١٨ ، بدون زيادة « وأحبها إليه العتاق » ، ولكن رواه الدارقطني في سننه بهذه الزيادة ، بلفظ : ما خلق الله شيئاً أحب إليه من العتاق ، ولا شيئاً أبغض إليه من الطلاق (ر . سنن الدارقطني : ٣٥/٤ رقم ٩٤) وانظر (تلخيص الحبير : ٤١٧/٣ ح ١٧٢٥) .

لا يطلقون هذا اللفظ إلا على تثبت ، فإن ظهر غرض يستحث على الطلاق كمخيلة ربيّة واستشعار نشوز ، فالكراهية لا تتحقق ، وإذا كان لا يهواها وربما لا تسمح نفسه ي ١٢٩ بالتزام مؤنتها من غير حصول غرض الاستمتاع ، فلا كراهية في الطلاق / والحالة هذه .

فالكراهية لا يتجه إطلاقها إلا عند زوال الحاجات والأغراض التي يُطلّق العقلاء لأجلها ، وإن لم يكن غرض ولا حاجة ، فلا بأس بإطلاق الكراهية . ثم حيث تُطلق الكراهية ، لا نفرق بين [الواحدة]^(١) والعدد . وإن ظهر غرض ترتفع الكراهية لأجله ، فقد نقول : لا يستحب جمع الطلقات ، ويستحب أن يفرقها ، ولسنا ننكر أن وضعها في الكتاب والسنة يشعر [بالاستحاث]^(٢) على تفريقها ؛ حتى لا يلقي الإنسان ندماً ، ولا ينتهي الأمر إلى [إطلاق]^(٣) لفظ الكراهية ، حيث لا كراهية ، في أصل التطلق .

٨٩٢٧- ومذهب الشافعي أن الجمع بين الطلقتين والثلاث ، لا سنة فيه ولا بدعة ، وإنما تتعلق السنة والبدعة بالزمانين المذكورين على التفاصيل المقدمة : أحدهما - زمان الحيض . والثاني - الطهر الذي وقع [الوقاع]^(٤) فيه . وأبو حنيفة^(٥) يحرم الجمع ، كما يحرم التطلق في الحيض وفي الطهر الذي جرى الوقاع فيه ، والمسألة مشهورة معه في الخلاف .

وقد قال الشيخ أبو علي في شرح التلخيص : جمع الطلقات لا معصية فيه . ولكن هل يقال : السنة تفريقها ؟ فعلى وجهين ، واحتمل كلامه معنيين : أحدهما - التردد في ش ١٢٩ استحباب التفريق حكماً . وأحد الوجهين أن ذلك لا يوصف / بالاستحباب ، [والأمر]^(٦) فيه إلى مالك الطلاق ، وفي كلامه ما يدل على أن اسم السنة هل يتناول

(١) في الأصل : الواحد .

(٢) زيادة من (ت ٦) .

(٣) في الأصل : الطلاق .

(٤) زيادة من (ت ٦) .

(٥) ر . المبسوط : ٤ / ٦ ، ٧ ، ورؤوس المسائل : ٤٠٨ مسألة : ٢٨٢ ، والاختيار : ١٢١ / ٣ .

(٦) في الأصل : فالأمر .

التفريق ؟ فعلى وجهين ، ولا شك أن البدعة لا تتناول الجمع عندنا ، ومقتضى هذا أنه لو قال : أنت طالق ثلاثاً للسنة ، وزعم أنه نوى التفريق على الأقراء يُصدّق ظاهراً ، وهذا بعيدٌ مخالفٌ للنص والمذهب ، والسنة والبدعة يتعاقبان ، أما التردد في الاستحباب ، فللاحتمال إليه تطرُّقٌ ، والظاهر الاستحباب ، ومنع لفظ السنة .

٨٩٢٨- ثم قال الشافعي : « لو طلقها طاهراً بعد جماع ، أحببت أن يرتجعها . . . إلى آخره »^(١) . والمراد بذلك أنه إذا طلقها بدعياً في زمان الحيض ، فإننا نستحب ونؤثر له أن يرتجعها ، والأصل في ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم [في قصة ابن عمر]^(٢) ؛ حيث قال : « مره فليراجعها » . وتعليل ذلك أنه إذا طلقها في الحيض ، فقد طوّل العدة عليها ، وإذا طلقها في طهر جرى الجماع فيه ، تعرّض لندامة الولد ، فإذا تمادى ، ولم يرتجع ، كان في حكم من يُديم المعصية مع القدرة على قطعها ، وإذا ارتجع ، زال ما كنا نحرم الطلاق لأجله ، من تطويل العدة ، والتعرض للندامة .

وقد ينشأ من هذا الموضوع سؤال : بأن يقول قائل : هل توجبون الارتجاع ؛ فإن في الارتجاع قطع الضرر عنها بتطويل العدة/ ، وكذلك القول في الارتجاع في الطهر ١٣٠ ي الذي جرى الجماع فيه ؟ وقد يشهد لوجوب الارتجاع لو صير إليه ظاهراً قوله صلى الله عليه وسلم : « مره فليراجعها » .

قلنا : أجمع الأصحاب على [أن]^(٣) الارتجاع لا يجب ، ثم أجمعوا على [أن]^(٤) ترك الارتجاع لا [يلتحق بما]^(٥) يُقضى بكونه مكروهاً^(٦) ، وأكثر ما أطلقوه في ذلك أنا نستحب أن يرتجعها .

(١) ر . المختصر : ٧٠ / ٤ .

(٢) زيادة من (ت ٦) .

(٣) زيادة من (ت ٦) .

(٤) سقطت من الأصل .

(٥) زدناها من (ت ٦) .

(٦) قال النووي : « في هذا نظر ، وينبغي أن يقال : ترك الرجعة مكروه ، للحديث الصحيح الوارد فيها ، ولدفع الإيذاء » . (ر . الروضة : ٥ / ٨) .

فالجواب إذاً عن السؤال أن الارتجاع مقصوده الظاهر تدارك حق^(١) وجلب منفعة ،
ويبعد المصير إلى وجوبه ؛ لينبني عليه انتفاء تطويل العدة ، وأصل التطليق محرّم للخبر
وللمعنى ، فإذا جرى ، فلا يبلغ المحذور من الطلاق المحذور مبلّغاً يوجب لأجله
رجعة مقصودها في الشرع جلب أو استدراك .

٨٩٢٩- فإذا ثبت أن الرجعة لا تجب ، ولكنها تُستحب ، فقد قدمنا في صدر
الكتاب روايتين وهذا أوان الكلام عليهما : روي عن مالك عن نافع عن ابن عمر أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « مره فليراجعها ، ثم ليمسكها حتى [تطهر ،
ثم]^(٢) تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء طلقها ، وإن شاء أمسكها ، فتلك العدة التي أمر الله
تعالى أن تطلق لها النساء » . وروى سالم بن عبد الله ويونس بن جبير ومحمد بن
سيرين : [« مره فليراجعها ، فإذا طهرت ، فإن شاء فليطلقها »]^(٣) وفي ظاهر الروايتين

(١) عبارة ت ٦ : أن الارتجاع لو وجب ومقصوده الظاهر تدارك حق أو جلب حق ، ويبعد
المصير . . .

(٢) هذه الزيادة من متن الحديث في البخاري ومسلم برواية مالك عن نافع عن ابن عمر . فهذا هو
الصواب في هذه الرواية ، وهو يعينه لفظها الذي ساقه الإمام أنفأ في أول كتاب الطلاق ، ولولا
أن الإمام ساق هذه الرواية على هذا الوجه من قبل ، لأثبتناها كما هي ، ولعدناها من الوهم
في الحديث ، وعلقنا عليها بذلك .

(٣) في النسختين جاءت رواية سالم ويونس وابن سيرين بهذا النص : « مره فليراجعها حتى تطهر
ثم تحيض ثم تطهر » .

وما أثبتناه بين المعقفين هو نص رواية من الروايات الواردة عن سالم ويونس وابن سيرين
تضاف إلى رواية أخرى أثبتناها في أول الكتاب ، وكلها على كثرتها واختلاف لفظها ، وما فيها
من زيادات تؤدي هذا المعنى . (حاشا رواية واحدة عن الزهري عن سالم ، فقد جاءت على
نحو رواية نافع) .

وقد لخص أبو داود قضية هذه الأحاديث فقال : « قال أبو داود : روى هذا الحديث عن
ابن عمر يونس بن جبير ، وأنس بن سيرين ، وسعيد بن جبير ، وزيد بن أسلم ، وأبو الزبير ،
ومنصور عن أبي وائل ، معنهم كلهم : أن النبي صلى الله عليه وسلم أمره أن يراجعها حتى
تطهر ، ثم إن شاء طلق ، وإن شاء أمسك » .
ثم قال :

« قال أبو داود : وكذلك رواه محمد بن عبد الرحمن عن سالم عن ابن عمر ، وأما رواية =

تفاوت ، وموجب الرواية/ [الأولى]^(١) أنه يراجعها إذا طلقها في الحيض ، ثم ١٣٠ ش
يمسكها ، حتى تنقضي بقية الحيض ثم تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر . وظاهر الرواية
[الثانية]^(٢) فيه تردد ؛ فإنه قال : « مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تحيض » ثم تطهر ،
فظن بعض الناس أن المراد بقوله : « حتى تحيض » حتى تنقضي بقية الحيض ، فإذا
طهرت ، فإن شاء طلقها ، وإن شاء أمسكها .

وكان شيخي أبو محمد يذكر في ذلك وجهين من متن المذهب : أحدهما - أن
المستحب ألا يطلقها كما^(٣) طهرت من بقية الحيض ، وهذا هو الذي ذهب إليه

الزهري عن سالم ، ونافع عن ابن عمر : أن النبي صلى الله عليه وسلم أمره أن يراجعها حتى
تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء طلق أو أمسك .
ثم قال :

« قال أبو داود : وروي عن عطاء الخراساني عن الحسن ، عن ابن عمر نحو رواية نافع
والزهري . والأحاديث كلها على خلاف ما قال أبو الزبير » ا . هـ - بنصه .

قلت (عبد العظيم) : كان لا بدّ لنا من تصويب هذه الرواية أيضاً ليتسق الكلام مع تغيير
وتصويب الرواية الأولى (رواية نافع) وتستقيم كل ذلك مع صحيح روايات الحديث الموجودة
في البخاري ومسلم وأبي داود ، وهو متفق أيضاً مع ما أورده إمام الحرمين - من قبل - لصحيح
رواية نافع ، ولما أشار إليه في نسخة الأصل عن رواية سالم ويونس وابن سيرين .

وأما ما جاء هنا من اضطراب وخلل ، فهو من خلل النساخ وعجلتهم ، وكأني بهم هنا كتبوا
نص الروایتين من ذاكرتهم لا من الأصل الذي أمامهم ، يرجح ذلك - إن لم يؤكد - أن إمام
الحرمين ساق الروایتين على وجههما الصحيح - من قبل - في نسخة الأصل ، مع أنها من النسخ
السقيمة . والله وحده أعلم بما كان .

ثم أقول : تعليق أبي داود في سننه على الأحاديث يوحى إلينا أن إمام الحرمين كان علم
بهذا التعليق ، مما يغلب على الظن أنه كان يراجع سنن أبي داود ، وأن سنن أبي داود هي
ما كان يعنيه حينما يكرر قوله : « وفي الكتاب الذي يرجع إليه في الأحاديث » فهل أنا على
صواب ؟

(راجع إن شئت البخاري ، ومسلم وسنن أبي داود في المواضع والأرقام التي أشرنا عند
رواية مالك عن نافع عن ابن عمر في أول كتاب الطلاق) .

(١) في النسختين (الثانية) .

(٢) في النسختين (الأولى) وسوّج لنا هذا التغيير ، ما كان قبل من تصحيح الروايات .

(٣) كما : بمعنى (عندما) .

الجمهور ، والسبب فيه أنه لو طلقها كما طهرت ، لكانت الرجعة مقصودة لأجل الطلاق ، حتى كأنه^(١) ارتجعها ليطلقها ، وهذا لا يليق بمحاسن الشرع في آداب العشرة بين الزوجين في الدوام والفراق . نعم ، إذا تركها على حكم النكاح طهرأً كاملاً ، ثم حاضت ، ثم طهرت ، فنحمل مضي الطهر الأول على إمساكها في زمان الاستمتاع .

٨٩٣٠- ومن أصحابنا من قال : [لا بأس]^(٢) لو طلقها في الطهر الأول ؛ فإن الرجعة قطعت أثر الطلاق البدعي ، وأزالت تطويل العدة ، فإذا طلقها كما^(٣) طهرت ، فهذا الطهر محسوب ، وليس فيه ندامة ولِد .

ثم على هذين الوجهين يُخَرَّج تنزيل رواية ابن عمر ، فإن قلنا : لا بأس لو طلقها كما طهرت ، فقلوه : حتى تحيض ثم تطهر محمول على انقضاء الحيض^(٤) واستفتاح الطهر/ . وإن جرينا على الوجه الأصح ، فقلوه حتى تحيض^(٤) محمول على حيضة مستأنفة بعد طهر ، وهذا ظاهر اللفظ ؛ فإن حَمَلَ الأفعال والأحوال مع صيغة الشرط على استفتاح الأمور في الاستقبال أظهر من حملها على انقضاء ما به الملاسة .

فإن فرعنا على الوجه الظاهر ، فقد ذكر الأئمة وجهين في أنا هل نؤثر وهل نستحب للزوج أن يجامعها في الطهر الأول ؟ فقال قائلون : لا يُطَلَّقُ في هذا الاستحباب ، والأمر إلى الزوج . وقال آخرون : يستحب ما ذكرناه إذا لم يكن عذر ؛ فإنه إذا لم يواقعها ، كان تربصه في الطهر والحيضة بعده محمولاً على أن يطلقها في الطهر الثاني ، وقد بنينا الأمر بالرجعة على خلاف هذا .

ولو طلقها في الحيض ، وراجعها في الحيض ، وأصابها في زمان الحيض ، ثم طهرت ، والتفريع على أنا نؤثر للزوج أن يطلق في الطهر الثاني ، فذلك الأمر مستدام ، ولا حكم للوطء الذي جرى في زمان الحيض ؛ فإنه وطء محظور منهى عنه ، فلا يتعلق

(١) (ت ٦) حتى أنه .

(٢) زيادة من (ت ٦) .

(٣) كما : بمعنى (عندما) وستأتي بهذا المعنى من نفس الموضع .

(٤) ما بين القوسين سقط من (ت ٦) .

به غرض مطلوب في الشريعة فوجوده كعدمه ، وإنما ذكرنا هذا حتى لا يظن ظان أنه إذا راجعها ووطئها في الحيض ، فقد أخرج الرجعة عن أن تكون لأجل الطلاق .

ولو طلق امرأته في طهر جامعها فيه ، ثم راجعها ، كما ذكرناه^(١) ، فلا شك أنه لا يطلقها ، ولو طلقها ، لكان/ الطلاق بدعياً ؛ لأنه وقع في طهر جرى فيه وقاع ، فإذا ١٣١ ش حاضت ، ثم طهرت ، فله أن يطلقها الآن ، ولا يشترط في إقامة الأولى والمستحب أكثر من ذلك .

ولو طلق [امرأته]^(٢) في طهر جامعها فيه ، ثم راجعها في الحيض ، والتفريع على الأصح ؛ فإنه لا يطلقها في الطهر الذي يلي هذا ؛ لأن الرجعة تكون لأجل الطلاق .

ولو طلقها في طهر لم يجامعها فيه ، ولم يكن الطلاق بدعياً ، غير أنه راجعها في الحيض ، حكى القاضي عن الأصحاب أنهم قالوا : لا نستحب له أن يطلقها إذا طهرت ؛ فإنه لو طلقها كما^(٣) طهرت - وقد راجعها في الحيض - لكانت الرجعة لأجل الطلاق ، ثم قال : والذي عندي أنه لا بأس عليه لو طلقها كما طهرت ؛ لأن الطلاق الأول لم يكن بدعياً في الأصل ، ونحن إنما نأمر بالرجعة ، ثم بالإمساك على التفصيل المذكور إذا كان الطلاق الواقع بدعياً ، وهذا الذي اختاره القاضي هو المذهب الذي لا يُعرف غيره ، ولم أر حكاية غيره لغير القاضي^(٤) .

فهذا تفصيل القول في استحباب الرجعة والإمساك بعدها ، وما يتعلق به من خلاف ووافق .

فَيَنْجُ : ٨٩٣١ - إذا قال الرجل لامرأته التي هي بمحل السنة والبدعة : أنت طالق

مع آخر جزء/ من حيضك ، فمعلوم أن الطلاق ينطبق على الجزء الأخير ، وذلك الجزء ١٣٢ ي

(١) ت ٦ : أمرناه .

(٢) زيادة من (ت ٦) .

(٣) كما : بمعنى عندما ، وهو استعمال قال عنه النووي : إنه غير صحيح وغير عربي ، وقد نبهنا على ذلك مراراً .

(٤) الأمر كما قال إمام الحرمين ، المذهب ما اختاره القاضي ، لا ما حكاه ، وقد وصف النووي هذا الوجه الذي حكاه القاضي بالضعف (ر . الروضة : ٨ / ٨) .

لا يكون من العدة ، وهي تستفتح طهراً معتداً به ؛ فليس في هذا التطليق تطويل العدة عليها ؛ فاختلف أصحابنا فيه : فذهب القياسون إلى أن الطلاق لا يكون بدعياً ؛ لأنه ليس فيه تطويل عدة ، ولا ندامة ولد ، وذهب آخرون إلى أن الطلاق بدعي ؛ لمصادفته الحيض ، وهذا القائل يعتضد بالرجوع إلى التوقيف والتعبد ، ويهون عليه تضعيفُ طريقِ الرأي والتعويلِ على المعنى ؛ لما نبهنا عليه قبلُ وقرنناه في المسائل .

ولو قال لامرأته : أنت طالق مع آخر جزء من طهرك ، فللشافعي قول : إن الانتقال من الطهر إلى الحيض قرءٌ معتد به . فإن فرعنا على هذا ، فالطلاق سني لمصادفته الطهر ، وإفضائه إلى تقصير العدة . وإن قلنا : لا يعتد بذلك قرءاً ، فللأصحاب وجهان : أقيسهما - أن الطلاق بدعي ؛ لأنها تستقبل حيضة كاملة لا يعتد بها ، وإذا كنا نجعل الطلاق في أثناء الحيض بدعياً ؛ لأن بقية الحيض غيرُ معتد بها ، فلأن نقول : الطلاق بدعي إذا استقبلت حيضة لا اعتداد بها أولى .

ش ١٣٢ وذهب بعض أصحابنا إلى أن الطلاق سني ؛ لمصادفته الطهر الذي لم يجز/ فيه جماع ، وهذا القائل يلتفت على التعبد واتباع التوقيف ، كما تقدم شرحه .

فصل في

قال : « وإن كانت في طهر بعد جماع . . . إلى آخره » (١) .

٨٩٣٢- هذا الفصل مُصدَّرٌ بِقُطْبٍ يتعلّق بمقتضى الألفاظ ، فنقول : الطلاق يُنَجِّزُ ويُعَلِّقُ ، ثم تعليقه تارة يكون على صيغة الشرط ، وتارة يكون على صيغة التأقيت ، وهما جميعاً معدودان من التعليق . فأما الشرط ، فهو الذي يتعلّق بما يجوز أن يكون ويجوز ألا يكون ، مثل أن يقول لامرأته : أنت طالق إن دخلت الدار ، فهذا شرط محقق ، وأما التأقيت ، فمثل قول الزوج : إذا استهل الهلال ، فأنت طالق ، فهذا تأقيتٌ وليس شرطاً ؛ فإن الشرط هو الذي [لا يُقَطَّعُ] (٢) بوقوعه ، والتأقيت مبني على

(١) ر . المختصر : ٧٠ / ٤ .

(٢) في الأصل : لا يقع .

القطع في المتعلّق ، وعن هذا قال سيويوه : « إذا قال القائل : إذا قامت القيامة كان^(١) كذا وكذا : فهذا إيمان بالقيامة^(٢) ، وإذا قال : إن قامت ، فهذا تردد في التصديق بها » . وعن هذا قال أئمة اللسان : قول القائل : إن طلع الفجر ، فأنت^(٣) طالق ، كلامٌ معدول عن الوجه المستحسن ، فإن الفجر يطلع لا محالة ، وإذا قال : إذا^(٤) طلع الفجر ، فأنت طالق ، فهذا هو النظم الجاري في كلام الفصحاء .

وقد يجري الطلاق معللاً بعلّة ، فحكم الطلاق أن يتنجز ، ثبتت/^(٥) تلك العلة أو ١٣٣ ي انتفت ، وبيانه أنه لو قال : أنت طالق لرضا فلان ، [وزعم]^(٥) أنه أراد تعليل إيقاع الطلاق بالرضا ، فالطلاق ناجزٌ رضي ذلك الشخص أو سخط ، وذلك أن المعلّل ليس يعلّل^(٦) الطلاق بالعلّة ، وإنما يُنجز الطلاق ثم يبتدىء ، فيعلّل تنجزه بسبب ، فالتعليل كلام مبتدأ لا ينشأ ليرتبط الطلاق به وجوداً وعدمًا . وسنذكر مسائل هذا الأصل ، إن شاء الله عز وجل .

٨٩٣٣- ثم نقول بعد هذا : استعمال اللام في الأوقات محمول على التأقيت بالاتفاق ، وبيانه أنه إذا قال : أنت طالق لهلال رمضان ، فهو بمثابة قوله : إذا استهل هلال رمضان ، فأنت طالق ؛ والسبب فيه أن اللام مستعملة مع الأوقات للتأقيت بها ، وهذا شائع في لغة الفصحاء ، وهي أظهر من قول القائل : إذا استهل الهلال ، فأنت طالق ، وينضم إلى ذلك أن تخيل التعليل بالأوقات بعيد عن الوهم ؛ فإن التعليل إنما

(١) في الأصل : وكان كذا وكذا .

(٢) لأن (إذا) معناها التحقيق ، فمن قال : « إذا قامت القيامة كان كذا وكذا » ، معناه أنه متحقق من القيامة مؤمن معتقداً بمجيئها .

لكن لو قال : « إن قامت القيامة ، كان كذا وكذا » فقد جعل القيامة موضع التردد ، لأن وضع (إن) في اللغة للتردد في الشرط .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (ت ٦) .

(٤) الورقة رقم ١٣٣ (ي ، ش) مكررة .

(٥) في الأصل : فزعم .

(٦) ت ٦ : يعلّق .

يقع بمثل السخط والرضا ، و[ما في] ^(١) معناهما ، فأنتج [مجموع] ^(٢) ما ذكرناه أن اللام مع الوقت تأقبت .

٨٩٣٤- وإذا قال الرجل لامرأته التي تعتورها حالة السنة والبدعة : أنت طالق للسنة ، ش ١٣٤ نظر : فإن كانت في زمان سنة ، وهو/ طهر لم يجامعها فيه ، انتجز الطلاق في الحال ، وهو بمثابة ما لو قال عند الاستهلال : أنت طالق لهلال رمضان ، فيقع الطلاق مع الهلال .

وإذا قال لامرأته في زمان الحيض : أنت طالق للسنة ، لم تطلق في الحال حتى تطهر ، ثم تطلق ، فتحمل اللام على التأقبت بوقت السنة ، كما قدمنا ذلك في إضافة اللام إلى الأوقات ؛ والسبب فيه أن اعتوار زماني السنة والبدعة على المرأة يظهر قصد التأقبت من اللام .

وكذلك لو قال لها : أنت طالق للبدعة ، وكانت في زمان الحيض ، أو كانت في طهر جامعها الزوج فيه ، فالطلاق ينتجز ، ولو قال لها وهي في طهر لم يجامعها فيه : أنت طالق للبدعة ، لم ينتجز الطلاق ، حتى تصير إلى زمان البدعة ، فإن لم يجامعها ، فحاضت ، طلقت ، وإن جامعها في ذلك الطهر ، فقد انتهت إلى زمان البدعة ، فتطلق أيضاً ، كما سنفصل هذا في آخر الفصل ، إن شاء الله تعالى .

والغرض الآن أن نبين أن قول الزوج : أنت طالق للسنة وللبدعة محمول على التأقبت ، لا على التعليل .

٨٩٣٤م- ولو قال [لامرأة] ^(٣) لا يتصور فيها سنة ولا بدعة : من النسوة الخمس ي ١٣٥ اللواتي قدمنا ذكرهن : أنت طالق للسنة ، انتجزت الطلقة في الحال/ . وكذلك لو قال لها : أنت طالق للبدعة ، انتجزت الطلقة ، ولم ترتقب فيها المصير إلى حالة السنة والبدعة ، وبيان ذلك بالتصوير أنه إذا قال لامرأته التي لم يدخل بها : أنت طالق للسنة أو للبدعة ، فلا يحمل الأمر على تقدير دخول ومصير [بعده] ^(٤) إلى التعرض لطوارئ السنة

(١) زيادة من (ت ٦) .

(٢) في الأصل : مجموعه .

(٣) في الأصل : لامرأته .

(٤) في الأصل : فعهده .

والبدعة ، وإن لم يكن هذا بعيداً عن التوقع والانتظار .

وقد نص العراقيون على أنه إذا قال لها : إذا صرت من أهل السنة ، فأنت طالق ، ولم يكن مدخولاً بها ، فالطلاق لا ينتج ، بل يرقب الدخول ، والمصير إلى حالة السنة .

فإن قيل : إذا كان هذا غير بعيد عن التوقع ؛ فهلا حملتم قول الزوج عليه ؟ قلنا : حمل السنة والبدعة على الوقت إنما يظهر في التي تصدئ لهما ، وتعرض لاعتوارهما [عليها]^(١) ، فيصيران في [حقها]^(٢) كاعتقاب الجديدين^(٣) ، وتوالي الليل والنهار ، فيستبق إلى الفهم والحالة هذه إرادة الوقت ، واللام في وضعها للتعليل ، وإنما تستعمل في الوقت إذا قرنت بذكر الوقت أو قرنت بما يمر ويجري جريان الوقت ، وإلا فالسنة والبدعة لفظتان مستعملتان في الشرع ، لا جريان لهما/ في اللغة ، وإنما ١٣٥ ش استعملتا شرعاً على الخصوص ، فلا يُعدئ بهما موضعهما ، ولا تحمل اللام في حق من يعتورها السنة والبدعة على التأقيت ، وصرح الأئمة لفظاً [وفحوى]^(٤) بما يدل على أن من قال لامرأته التي لم يدخل بها : أنت طالق للسنة ، فلا يقبل ذلك منه ظاهراً ، بل يدين باطناً ، كما سنذكره في باب أصل التدين ؛ وإنما لم نقبل ما ذكره باطناً لظهور اللام في التعليل ، وانعدام القرينة في اقتضاء التأقيت .

٨٩٣٥- ولو قال لامرأته التي لم يدخل بها : أنت طالق لوقت السنة ، فهذا فيه تردد عندي ؛ من حيث صرح بالوقت : يجوز أن يقال : قوله لوقت السنة ، كقوله للسنة ، ويجوز أن يقال : إن فسر لفظه بمصيرها إلى حالة السنة يقبل ذلك منه ، ويجوز أن يقال : إن فسر بالظهر ، وفسر وقت البدعة بالحيض ، وإن لم يكن دخول قبل ذلك منه ، ولو أطلق اللفظ ، وزعم أنه لم يكن له نية ، فالظاهر وقوع الطلاق .

فليتأمل الناظر المسألة ؛ فإنها محتملة .

(١) في الأصل : عليه .

(٢) في الأصل : حقه .

(٣) الجديدان : هما الليل والنهار ، فالجملة مترادفة مع ما بعدها .

(٤) في الأصل : ونجوى .

٨٩٣٦- ولو قال لامرأته : أنت طالق لرضا فلان ، فإن زعم أنه أراد بما قال تعليلاً ، وقع الطلاق ناجزاً ، سواء رضي فلان أم سخط ، على ما قررناه في أصل التعليل .

ي ١٣٦ ولو أطلق لفظه ، وزعم أنه لم يرد تعليلاً ، ولا تأقيتاً ، انتجز / الطلاق ؛ فإن صيغة اللفظ تقتضي تنجيزها ، ولم يظهر ما يدفع التنجيز .

ولو زعم أنه أراد التعليق بوقت رضا زيد ، فهذا مقبول باطناً إن صدّق ، فهل (١) يقبل ذلك منه ظاهراً ؟ فعلى وجهين ، ذكرهما الصيدلاني : أحدهما - أنه لا يقبل منه ؛ فإن الرضا ليس مما يؤقت به ، وهو مما يعلل به ، فكان التعليل أظهر ، وإذا غلب التعليل ، كان موجه انتجاز الطلاق .

والوجه الثاني - أن ما قاله مقبول [ظاهراً] (٢) ؛ فإنه مُحْتَمَلٌ غير بعيد ، فإذا (٣) لم يَبْعُدْ ما قال ، صدّق ، وسيأتي ضبط هذه الأبواب - إن شاء الله عز وجل - على ما ينبغي .

ثم قال الصيدلاني : إذا قال : أنت طالق لقدم فلان ، فمطلق هذا محمول على التأقيت ؛ فإنه يظهر التأقيت بالقدم ، ويبعد التعليل به ، بخلاف الرضا .

ثم ينتظم من هذه الجملة أن اللام مع الوقت تأقيت ، وهو (٤) مع الرضا وما في معناه مما يُتَخِيلُ التعليل به [تعليل] (٥) في الإطلاق .

وإن أريد به [التأقيت] (٦) صدق المرء باطناً ، وهل يصدق ظاهراً ، فعلى وجهين .

وما يظهر التأقيت به ينقسم إلى ما يتكرر بتكرر الزمان كالسنة والبدعة ، وإلى ما لا (٧) يتكرر تكرار الأزمان ، [كقدم زيد .

(١) ت ٦ : وهل .

(٢) زيادة من (ت ٦) .

(٣) ت ٦ : وإذا .

(٤) وهو : أي حرف اللام .

(٥) زيادة من (ت ٦) .

(٦) في الأصل : التعليل .

(٧) ت ٦ : وإلى ما يتكرر .

فأما ما يتكرر تكرار الأزمان^(١) وَيَكُرَّرُ كُرُورَهَا ، فمطلق اللام فيه للتأقيت ، كقول الرجل للمرأة^(٢) التي هي [بصدد]^(٣) السنة والبدعة : [أنت طالق للسنة أو للبدعة]^(٤) هذا للتأقيت كما / ذكرناه .

١٣٦ ش

وأما ما يظهر فيه قصد التأقيت ولا يكرَّرُ كُرُورَ الزمان ، كقول القائل : أنت طالق لقدوم زيد ، وزيدٌ غير قادم ، وإنما يُتَنَظَرُ قدومه ، فالذي قطع به الصيدلاني أن مطلق ذلك تأقيت ، ولم أر في الطرق ما يخالف هذا ، وهو متجهٌ ، فلا [مزيد]^(٥) عليه .

ولو قال لامرأته : أنت طالق لدخول الدار ، فالظاهر أن مطلق هذا محمول على التعليل ، وإن زعم أنه أراد بذلك تأقيتاً ، فهو قريب من قوله : أنت طالق لرضا فلان مع زعمه أنه أراد بذلك تأقيتاً وتعليقاً بوقت الرضا ، ومعنى التعليق في الرضا قد يغلب وإن أمكن أن يُتَخِيلَ في دخول الدار ؛ فالوجه ألا يُفَرَّقَ بين البابين .

هذا [هو]^(٦) الضبط في استعمال اللام فيما نحن فيه من السنة والبدعة ، وفيما في معناه .

٨٩٣٧- وذكر الشيخ أبو علي في شرح التلخيص أنه إذا قال للتي لا سنة فيها ولا بدعة : أنت طالق للسنة ، انتجز الطلاق للسنة ، كما ذكره الأصحاب .

ولو قال : أنت طالق للبدعة ، فالمذهب أن الطلاق ينتجز ، كما ذكرناه عن الأصحاب ، وحكى عن الأصحاب وجهاً : أنا ننتظر مصيرها إلى حالة البدعة ؛ فإن طلاق السنة يمكن حمله على ما يسوغ ، وأما طلاق البدعة ، فلا مساغ له إذا لم تكن المرأة من أهل البدعة .

(١) زيادة من (ت ٦) .

(٢) ت ٦ : لامرأته .

(٣) في الأصل : مصدر .

(٤) زيادة من (ت ٦) .

(٥) في الأصل : يزيد .

(٦) مزيدة من (ت ٦) .

ي ١٣٧ قال الشيخ : والصحيح وما عليه الأئمة أنه يقع الطلاق في / الموضوعين سواء [وصف]^(١) الطلاق بالسنة أو البدعة .

٨٩٣٨- ثم نعود إلى تفصيل الطلاق [السني والبدعي في حق التي يُتصور في حقها السنة والبدعة]^(٢) : [فإذا]^(٣) قال لامرأته وهي في طهر [لم]^(٤) يجامعها فيه : أنت طالق للسنة ، وقع الطلاق ، فانطبق انتجازه على وقت السنة ، وإن كانت في حالة الحيض ، لم تطلق حتى ينقضي حيضها وتشرع في الطهر ، فإذا شرعت فيه ، وقع الطلاق مع أول جزء من الطهر ، ولا يتوقف وقوعه على أن تغتسل ، خلافاً لأبي حنيفة^(٥) ، ولا فرق عندنا بين أن يكون حيضتها منقطعة على أكثر الحيض أو على أقله أو أغلبه .

ولو قال [لها]^(٦) : أنت طالق للبدعة . فإن كانت في حالة البدعة ، وقع في الحال ، وإلا فحتى تصير إلى حالة البدعة : فلو كانت في طهر لم يجامعها فيه ، وقد قال لها : أنت طالق للبدعة ، فإن كان خلاها ولم يجامعها حتى حاضت ، طلقت مع أول جزء من الحيض .

وإن كان قال لها [ذلك]^(٧) وهي في طهر لم يجامعها فيه ، فلو جامعها في هذا الطهر قبل أن تحيض ، وقع الطلاق كما^(٨) غيب الحشفة ؛ فإنها انتهت إلى وقت البدعة .

(١) في الأصل : سواء خلف الطلاق .

(٢) عبارة الأصل : إلى تفصيل الطلاق والسني والبدعي في حق الذي يُتصور في حقه السنة والبدعة .

(٣) في الأصل : وإذا .

(٤) زيادة من (ت ٦) .

(٥) ر . البدائع : ٩١ / ٣ .

(٦) مزيدة من (ت ٦) .

(٧) في الأصل : قال لها إذ ذاك .

(٨) كما : بمعنى عندما .

٨٩٣٩- ثم الكلام مفروض فيه إذا كان الطلاق المعلق رجعيًا ، [فينظر]^(١) : فإن

أُخْرِجَ ثم أولج ، فالحد لا يجب/ ؛ لأنها رجعية ، والمهر سيأتي مفصلاً في كتاب ١٣٧ ش الرجعة . وعقد المذهب فيه أنه إذا وطئ الرجعية وتركها حتى انسرح ، التزم مهر مثلها . وإن راجعها ، ففي المسألة وجهان .

هذا ظاهر المذهب وأصله ، وسيأتي ذلك مشروحاً في كتاب الرجعة ، إن شاء الله عز وجل . كذلك إذا غيب الحشفة ووقع الطلاق ، ثم نزع وأعاد فأولج ، فهذا جماع مستحدث صادم رجعية .

ولو أولج الحشفة أول مرة ، وحكمنا بوقوع الطلاق ، فمكث أو تمم الإيلاج ، فلا شك أن الحد لا يجب ؛ لأنه مخالفٌ رجعية ، فأما المهر ، فقد سكت الشافعي عن ذكر وجوب المهر هاهنا ، ونص على أنه إذا أصبح المكلف مجامعاً في نهار رمضان ولم ينزع ، تلزمه الكفارة ، والنصان في ظاهر الأمر مختلفان : قول الشافعي هاهنا يدل على أن المكث والاستدامة لا يكون بمثابة النزع والإعادة ، ونص الشافعي في الصيام مصرح بأن الاستدامة بمثابة ابتداء الجماع .

وقد ذكر القاضي هاهنا طريقتين للأصحاب : قال : منهم من قال : في المهر والكفارة قولان : أحدهما - أنهما يجبان تنزيلاً للاستدامة منزلة الابتداء . والثاني -^(٢) لا تجب الكفارة ولا المهر .

توجيه القولين : من لم يوجبهما قال : الجماع واحد ، فلا ينقسم حكمه ، ولم يتعلق/ بأوله كفارة ، [ولا مهر]^(٣) ، فلا يتعلق بالدوام ما لم يتعلق بالابتداء .

ومن قال بالقول الثاني^(٤) قال : صورة الجماع موجودة بعد وقوع الطلاق وطلوع

(١) في الأصل : منظر .

(٢) في (ت ٦) : « ومنهم من قال : » .

(٣) في الأصل : فلا مهر .

(٤) في الكلام ما يسميه علماء البلاغة (اللَّفَّ والنَّشْر) فالقول الذي ذكره باسم (الثاني) هو (الأول) .

الفجر . قال القاضي : ومن أصحابنا^(١) من لم يوجب المهر هاهنا وأوجب الكفارة وأقر النصين على ظواهرهما ، وفرق بأن قال : الزوج إذا وطئ زوجته وقع الطلاق بأول وطئ ، وهذا الوطء قد تعلق به المهر ؛ من جهة أن مهر النكاح يشمل على الوطآت كلها ، فوقع الاكتفاء باشتمال ذلك المهر على هذه الوطأة [والوطأة]^(٢) الواحدة لا يتعلق بها مهران . والوطء في حكم الكفارة ليس في هذا المعنى ؛ فإنه لم يتعلق بأوله كفارة ، وقد وجدت صورته في وقت العبادة ومن أصلنا أن الجماع المانع من الصيام كالجماع القاطع للصيام ، فهذا وجه الفرق .

وما ذكره القاضي من تخريج [نفى]^(٣) الكفارة غريب في النقل ، وإن كان متجهاً . وما ذكرناه في المهر فيه إذا استدام الوطء ، ووقع التصوير فيه إذا كنا نوجب المهر عند النزاع والإعادة ، ثم نتردد في أن الاستدامة هل تكون بمثابة النزاع^(٤) والإعادة . ولو أصبح وهو مخالط أهله ، ثم قرن بأول الإصباح النزاع ، فلا كفارة ، ش ١٣٨ ولا [فطر]^(٥) كما / قدمناه في كتاب الصيام .

ولو وقع الطلاق في الصورة التي نحن فيها ، وكما^(٦) وقع ، نزاع ولم يعرج^(٧) ، فالأصحاب متفقون على أن المهر لا يجب ؛ لأن النزاع انكفاف عن العمل ، ولا يتعلق بالانكفاف عن العمل ما يتعلق بالإقدام عليه .

٨٩٤٠- ومما يتعلق بما نحن فيه أنه لو قال لامرأته في الطهر الذي لم يجامعها فيه : أنت طالق ثلاثاً للبدعة ، ثم جامعها ، فكما غابت الحشفة طلقت ثلاثاً ، ثم ننظر : فإن أخرج ثم أولج ، فهذا إيلاج بعد وقوع [الثلاث] ،^(٨) وهو موجب للحد مع العلم

(١) هذا هو الطريق الثاني .

(٢) زيادة من (ت ٦) .

(٣) زيادة من (ت ٦) .

(٤) ت ٦ : الشرع .

(٥) في الأصل : ولا نظر .

(٦) وكما وقع : وعندما وقع الوطء .

(٧) ولم يعرج : أي لم يستمر في المخالطة . من عرج بالمكان إذا نزل به وأقام (المعجم) .

(٨) في الأصل : الطلاق .

بحقيقة الحال ، وإن مكث أو تمت الإيلاج مع العلم بوقوع الطلاق ، فظاهر المذهب أنه لا حد عليهما ؛ فإن الوطأة لا يتبعض حكمها ، والحد لم يتعلق بأول هذه الوطأة ، فلا يتعلق بدوامها .

وذهب بعض أصحابنا إلى إيجاب الحد ؛ فإن صورة الوطء ثابتة مع القطع بالتحريم . ولو غيب الحشفة واستدام ، وتمت الإيلاج كما صورنا ، فإن أوجبنا الحد ، لم يجب المهر ، وإن لم نوجب الحد ، فالمهر على الخلاف الذي تقدم .

ولو وقع الثلاث بالتغيب ، كما صورنا ، ونزع كما^(١) وقع ، فلا حد ولا مهر ، لما ذكرناه من أن الانكفاف عن الفعل لا يحل محل / الإقدام عليه .

ولو قال لامرأته وهي في زمان البدعة : أنت طالق للسنة في هذا الوقت ، وأشار إلى وقت البدعة وقع الطلاق ، ولغا [التقييد]^(٢) بالسنة ؛ لأن الإشارة أغلب في هذا المقام من العبارة .

فهذا تفصيل القول وترتيبه في ذكر السنة والبدعة .

فصل في

قال : « ولو كان قال في كل قرء واحدة . . . إلى آخره »^(٣) .

٨٩٤١ - قد ذكرنا من أصل الشافعي رضي الله عنه أنه ليس في [جمع]^(٤) الطلقات وتفريقها سنة ولا بدعة ، ونقول على موجب هذا : إذا قال لامرأته : أنت طالق ثلاثاً للسنة ، وكانت في زمان السنة ولفظه [مطلق]^(٥) ، فالطلاق^(٦) الثلاث ينتجز في الحال ، وكذلك لو كانت في زمان البدعة ، فقال : أنت طالق ثلاثاً للبدعة ، فلا أثر

(١) كما : عندما .

(٢) في الأصل : التقبيل .

(٣) ر . المختصر : ٧٠ / ٤ .

(٤) في الأصل : جميع .

(٥) في الأصل : طلق .

(٦) ت ٦ : فالطلقات تنتجز .

لذكر البدعة في الثلاث ، كما لا أثر^(١) لذكر السنة ، واللفظ مطلق .

ولو زعم أنه أراد بقوله : أنت طالق ثلاثاً للسنة تفريق ثلاث طلاقات على ثلاثة أقرء فهل يقبل ذلك منه ظاهراً أم باطناً ؟ وكيف التفصيل فيه ؟ هذا سنذكره في آخر الفصل مع إمكان البيان في التدينين ، إن شاء الله تعالى .

ولو قال : أنت طالق ثلاثاً في كل [قرء]^(٢) طلقة ، فالقرء في قاعدة المذهب عند الشافعي طهر بين حيضتين ، هذا هو الأصل . فإذا قال : أنت طالق ثلاثاً في كل قرء واحدة ، فلا تخلو المرأة/ إما أن تكون مدخولاً بها أو تكون غير مدخول بها .
ش ١٣٩ فإن لم تكن مدخولاً بها ، وكانت من ذوات الحيض ، نظر : فإن كانت في حال الطهر ، وقعت عليها طلقة ، وبانت .

وإن كانت في حالة الحيض ، لم يقع في الحال شيء ؛ فإن اسم القرء لا ينطلق على الحيض عند الشافعي ، فإذا انقطع دمها ، وشرعت في الطهر ، وقعت الطلقة وبانت ، وإن تركها ، لم يلحقها إلا تلك الطلقة .

وإن نكحها^(٣) وشرعت في الطهر الثاني ، ففي لحوق الطلاق في النكاح [الثاني]^(٤) بعد تخلل البينونة قولاً حث اليمين ، وقد استقصينا ذكرهما .

ولو لم يجدد النكاح حتى مضت الأقرء المتوالية ، ثم نكحها ، لم تطلق ؛ لأن السبب المحث قد جرى في حالة البينونة ، ولم يتعلق الحث به ، فأنحلت اليمين ، وقد استقصينا هذا الطرف فيما تقدم متصلاً بالكلام في عود الحث .
هذا إذا لم تكن مدخولاً بها .

٨٩٤٢- فأما إذا كانت مدخولاً بها ، فلا يخلو : إما أن تكون حائلاً أو حاملاً ، [فإن كانت حائلاً]^(٥) وهي من ذوات الأقرء ، وقال الزوج ما قال وهي في حالة الطهر ،

(١) ت ٦ : يؤثر .

(٢) في الأصل : فرق .

(٣) أي بعقد جديد ، فهي غير مدخول بها ، فلا عدة عليها .

(٤) في الأصل : البين .

(٥) زيادة من (ت ٦) .

فتلحقها طلقة رجعية ، ثم إذا طهرت ثانياً ، لحقتها طلقة أخرى ، فإذا طهرت ثالثاً ، وقعت الطلقة الثالثة .

ثم الطلقة الثانية والثالثة لحقتا وهي في حالة الرجعة ، ووقوع / الطلاق على ١٤٠ ي الرجعية هل يقتضي عدة^(١) مستأنفة ؟ هذا مما قدمنا اختلاف القول فيه ، وأحلنا استقصاءه على كتاب العدة ، فلا معنى للخوض فيه .
وكل ما ذكرناه فيه إذا كانت حائلاً .

٨٩٤٣- فأما إذا كانت حاملاً ، فلا يخلو : إما إن كانت ترى الدم ، أو كانت لا ترى الدم : إن كانت لا ترى الدم : [وقد]^(٢) قال الزوج : أنت طالق ثلاثاً في كل قرء طلقة ، فتلحقها طلقة في حالة الحمل لا محالة ، وهذا مما يجب التثبت فيه . وقد ذكرنا أن القرء عبارة عن حال احتباس الدم بين حيضتين ، والحامل تكون كذلك ؛ فإن الحيضة تحتبس في زمان الحمل ، وحكم الحامل كحكم الحائِل في طهر يتناول زمانه ، ثم إذا وضعت الحمل ، انقضت العدة ، وبانت ، فإذا طهرت من النفاس ، لم يلحقها الطلاق الثاني ؛ لأنها بائنة ؛ فإن نكحها في مدة النفاس ، ثم طهرت [من]^(٣) النفاس في النكاح الثاني ، فيعود اختلاف القول جديداً وقديماً في عَوْد الحِنْث .

ولا معنى لتكرير الصورة بعد وضوح المقصود .

ولو راجعها في زمان الحمل قبل الوضع ، فإذا طهرت من النفاس ، لحقها طلقة أخرى ؛ فإن النكاح لم يتعدد ، وإذا لحقها هذه الطلقة ، استأنفت العدة قولاً واحداً ؛ لأن انقضاء العدة يتعلق بوضع الحمل ، وهو إن ارتجعها قبل / الوضع ، فقد مضى بعد ١٤٠ ش الرجعة ما يتعلق به انقضاء العدة لولا الرجعة ، فلا وجه لتخيّل بناء القرء على وضع الحمل ، وهذا موضع رمز وعقد جُمِل في العدد ، واستقصاء الكلام فيها محالٌّ على كتاب العدة .

(١) ت ٦ : استئناف عدة .

(٢) في الأصل : فقد .

(٣) في الأصل : في .

٨٩٤٤- وكل ما ذكرناه فيه إذا كانت الحامل لا ترى دمًا ، فأما إذا كانت ترى دمًا [على^(١)] ترتيب الأدوار ونظمها ، فقد اختلف قول الشافعي في أن دم^(٢) الحامل على الترتيب المنتظم هل يكون حيضاً أم لا ؟ فإن قلنا : إنه دم فساد ، فلا حكم له ، وهو كما لو قال : لو لم^(٣) ترَ دمًا ، وقد تقدم التفصيل .

فإن حكمنا بأن ما تراه دمٌ حيض فإذا كان قال : « أنت طالق ثلاثاً في كل قرء طلقة » ، وكانت الحامل في حالة الحيض ، لم يقع الطلاق ؛ لأن القرء عبارة عن طهر محصور بين حيضتين ، وهذه الحامل لها حيض وطهر . وإن قال لها ذلك وهي في زمان الطهر ، فيقع لتحقق اسم القرء ، وهل يتكرر الطلقات الثلاث بتكرر الأقرء عليها وهي حامل ؟ فعلى وجهين : أقيسهما^(٤) - أنه يتكرر ؛ لأننا إذا أثبتنا الحيض والطهر ، وحققنا اسم القرء ، فيجب على موجب ذلك أن يتكرر الطلاق بتكرر الأقرء .

الوجه الثاني - أنه لا يتكرر ؛ لأن الطلاق إنما يتكرر إذا كان الطهر محتوشاً بدمين ي ١٤١ دالّين على براءة الرحم ، [وهذا]^(٥) المعنى لا يتحقق في هذه/ الأطهار ، وأما الطلقة الأولى ، [فإننا]^(٦) حكمنا بوقوعها كما نحكم بوقوع الطلاق إذا كانت لا ترى دمًا ، ولكنا توقفنا في وقوع الطلاق ، ولم نوقعه وهي حائض .

ثم قال الأصحاب : من حيث إنه يوجد طهر محتوش بدمين يختص وقوع الطلاق به ، ومن حيث إن الدمين لا يدلّان على براءة الرحم قلنا : لا يتكرر وقوع الطلاق بتكرره ، وهذا وإن كان ظاهراً في الحكاية^(٧) ، فالقياس ما تقدم ؛ فإن الطلاق إنما يتحقق بتحقيق الاسم ، واسم الأقرء يتكرر ، والزواج لم يعلّق الطلاق بأقرء دالة على

(١) مزيدة من (ت ٦) .

(٢) ت ٦ : في أن ما تراه الحامل على الترتيب المنتظم .

(٣) ت ٦ : كما إذا لم ترَ دمًا .

(٤) ت ٦ : أحدهما - وهو الأقيس .

(٥) في الأصل : لهذا (بدون الواو) .

(٦) في الأصل : فإن .

(٧) وهذا هو الذي قال عنه الرافي : « إنه الأصح » ، ولم يتكلم على موافقة الأول للقياس .

(ر . الشرح الكبير : ٥٠٠ / ٨) .

براءة الرحم ، فلا معنى لاعتبار البراءة في هذا المقام . وكل ما ذكرناه إذا قال لامرأته وهي من ذوات الأقراء : أنت طالق ثلاثاً في كل قرء طلقة .

٨٩٤٥- فإذا قال لامرأته - ولم تحض قط : أنت طالق ثلاثاً في كل قرء واحدة ، فالذي عليه الأصحاب أنا لا نحكم بوقوع الطلاق في الحال ، ولكن إذا حاضت هل نبيين أن الطلاق وقع عليها باللفظ السابق ؟ فعلى وجهين مبنيين على أنها إذا رأت الدم في خلال العدة بالشهور ، فهل نحسب ما مضى قرءاً ؟ فيه قولان^(١) مبنيان على أن القرء عبارة عن ماذا ؟ وفيه قولان : أحدهما - أنه عبارة عن طهرٍ يحتوشه دمان ، فعلى هذا لا نحسب ما مضى / لها قرءاً ؛ لأنه لم يكن بين دميين .

١٤١ ش

والقول الثاني - أن القرء عبارة عن الانقلاب من الطهر إلى الحيض [أو من الحيض إلى الطهر]^(٢) ، فعلى هذا نحسب ما مضى لها قرءاً من العدة ، ونحكم بوقوع^(٣) الطلاق تبيناً .

وإذا قال للآيسة القاعدة^(٤) عن الحيض : أنت طالق ثلاثاً في كل قرء طلقة ، فإن عاودها الدم بعد ذلك ، فلا خلاف في وقوع الطلاق ، وإن استمرت على التقاعد واليأس ، فهل يلحقها الطلاق أم لا ؟ فعلى وجهين ذكرهما القاضي : أحدهما - أنه يلحقها الطلاق ؛ لأنها انتقلت من الحيض إلى هذه الحالة .

والثاني - أن الطلاق لا يلحقها ؛ فإن القرء طهر بين دميين ، وهذا نقاء تقدمه دمٌ ، ولم يستأخر عنه دم ، والقرء بمعنى الطهر^(٥) محمول على قول القائل : قرأت الماء في الحوض ، والطعام في الشدق ، وهذا إنما يتحقق إذا كان يجتمع في زمان النقاء دمٌ في الرحم ، ثم يزجيه الرحم .

هذا تصرف الأصحاب في تعليق الطلقات بالأقراء .

(١) ت ٦ : فعلى وجهين مبنيين .

(٢) زيادة من (ت ٦) .

(٣) هذا الوجه هو الأظهر في الصغيرة والآيسة ، قاله الرافعي (ر . الشرح الكبير : ٥٠٠ / ٨) .

(٤) ت ٦ : للآيسة المتقاعدة .

(٥) ت ٦ : والقرء معنى طهرٌ محمول .

٨٩٤٦- وذكر صاحب التقريب وجهاً غريباً أن الرجل إذا قال لزوجته الصغيرة : أنت طالق ثلاثاً في كل قرء طلقة : أن الأقراء في حقها هي الأشهر ، فتلحقها ثلاث طلاقات في ثلاثة أشهر ؛ فإن الأشهر في حقها مُقامة مقام الأطهار المحتوشة بالدماء .

ي ١٤٢

وهذا ضعيف جداً ؛ لأنه مائل عن مأخذ الباب ، والتعليقات تؤخذ من قضية/ اللسان ، وقد يُلتفت فيها على العادات ، فأما النظر إلى تنزيلات الشرع أشياء مقام أشياء ، فليس [من] ^(١) حكم هذا الكتاب ^(٢) وموجه أصلاً . ولا شك أن العرب لا تسمي الأشهر أقراء أصلاً ، لا في الصغيرة ، ولا في حق الآيسة ، فليكن التعويل على موجب اللفظ .

فهذا إذا وجه غير معتد به .

وقد انتهى تفصيل القول في [تعليق أعداد الطلاق] ^(٣) على الأقراء .

٨٩٤٧- [ونحن الآن نستفتح] ^(٤) مسألة متصلة بهذا النوع ، وينتدئ بسببها القول في التدين ^(٥) ، فنقول : إذا قال الرجل : أنت طالق ثلاثاً للسنة [ونوى تفريقها على ثلاثة أقراء ، فقد ذكرنا أن السنة والبدعة لا تتعلقان بالجمع والتفريق ، فإذا قال : أنت طالق ثلاثاً للسنة] ^(٦) ، وزعم أنه أراد تفريقها ، لم يقبل ذلك منه في ظاهر الحكم ، وإن علم الله تعالى منه الصدق فيما ادّعاه ، فلا تقع [الطلاقات] ^(٧) الثلاث معاً بينه

(١) في الأصل : في .

(٢) ت ٦ : الباب . والمراد (كتاب الطلاق) .

(٣) في الأصل : في تعديد إطلاق على الأقراء .

(٤) في الأصل : ونحن لا تستفتح .

(٥) التدين : من قولهم دين فلان فلاناً إذا تركه وما يعتقد (المعجم) والمعنى هنا أن الحكم بالطلاق يقع ظاهراً ، ولا يقع باطناً ، وبمعنى آخر يقع قضاء ولا يقع ديانة ، فالرجل إذا علم من نفسه الصدق ، وأنه لم يكن يريد الطلاق ، فبوسعه أن يُمسك زوجته ويعاشرها معاشرة الأزواج ، ولكن إن ارتفع إلى مجلس القضاء لا يمكن للقاضي إلا التفريق وإيقاع الطلاق .

(٦) زيادة من (ت ٦) .

(٧) في الأصل : الطلاق .

وبين الله تعالى ، وعبر الفقهاء عن هذا فقالوا : لا يُقبل منه في الظاهر ، ولكن يُدَيّن بينه وبين الله .

٨٩٤٨- ونحن نذكر الآن قاعدة التدين ، ونستعين بالله تعالى ، فنقول : إذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق ، فالذي جاء به لفظ صريح ، فلو قصد به الطلاق أو أطلقه ولم يقصد به شيئاً ، ولم يَهْذِ بلفظه ، ولم يحكه ، وقع الطلاق ظاهراً وباطناً .

ولو نوى بقوله طالق التطليق عن وثاق ، أو حلّ أسير وحَجَّر ، فإذا أبدى هذا ، لم يقبل منه في ظاهر الحكم ، ولكن إذا لم يثبت لفظه في مجلس / القضاء ، وكان صادقاً ١٤٢ ش بينه وبين الله تعالى ، لم يقع الطلاق في حكم الله وعلمه .

ولو قال : أنت طالق وأضمر^(١) ألا يقع ، وأجرى على ضميره : أنت طالق طلاقاً لا يقع عليك ، فهذا يقع ظاهراً وباطناً .

٨٩٤٩- وطريق الضبط في هذا الطرف أنه إذا ذكر لفظاً صريحاً ، وزعم أنه أضمر [معنى]^(٢) محتملاً ، وفي صيغة اللفظ احتمالاً ، فلا سبيل إلى مخالفة الصريح في ظاهر الحكم ، ولكن إن صدق وفي اللفظ احتمال ، فلا يقع الطلاق بينه وبين الله تعالى ، وسنقرر ذلك عند ذكرنا الصرائح وأحكامها ، إن شاء الله تعالى .

ولو أضمر مع صريح الطلاق شيئاً [لا ينبيء]^(٣) اللفظ عنه في صيغته ووضعِهِ ، ولو جرى^(٤) ذكرُ المعنى الجاري في الضمير متصلاً بالكلام الظاهر ، لما كان الكلام منتظماً ، ويُعدّ ما جاء به متهافتاً ، لا يجرد العاقلُ القصدَ إلى نظم مثله ، فهذا مردود ولا حكم له .

ومثال هذا القسم ما لو قال : أنت طالق ، ونوى طلاقاً لا يقع ، فهذا لو صرح به ، لكان لغواً مُطَرَحاً ، لا مبالاة بمثله ، والطلاق واقع ، فقد خرج الضمير عن صيغة

(١) ت : أو أضمر .

(٢) في الأصل : لفظاً .

(٣) في الأصل : لا ينشأ .

(٤) ت : ولو ذكر المعنى الجاري في الضمير .

اللفظ ، وعن معنى ينتظم مع اللفظ لو فرض وَضَلَهُ [به]^(١) فلا طريق^(٢) إلا الإلغاء ظاهراً وباطناً .

ي ١٤٣ ولو أضمر ما لا يُشعر اللفظ به في صيغته ، ولكن لو وُصِل بالكلام/ وأظهر ، لكان ينتظم الكلام معه ، وذلك مثل أن يقول : أنت طالق ، ثم يقول : نويت وأضمرت إن دخلت الدار ، وأضمرت إلى شهر ، أو ما جرى هذا المجرى من تأقيت أو تعليق ، فإذا أضمر شيئاً مما ذكرناه ، وذكرنا ضبطه ، فلا شك [أنا لا نقبل]^(٣) منه في الظاهر ما زعم أنه أضمره ، ولكن هل يُدَيِّن بينه وبين الله تعالى ؟ فعلى وجهين : أقيسهما أنه لا يدَيِّن ؛ فإن التدينين يجري إذا كان ما يضمّره [لائقاً]^(٤) بمعاني اللفظ [على بُعد]^(٥) ، فأما إذا لم يكن اللفظ مشعراً به على قرب ولا بعد ، فالإضمار فيه نيّة مجردة ، ولا تعلق لها بلفظ ، والنية المجردة^(٦) لا أثر لها عند الشافعي ؛ ولهذا نقول : إذا أجرى معنى الطلاق [جزماً على قلبه ، لم يقع الطلاق]^(٧) ظاهراً وباطناً ، وخالف مالك^(٨) في هذا .

والوجه الثاني - وهو ظاهر قول الأصحاب أنه إذا علّق بضميره ، تعلق بينه وبين الله ، والتحق بقواعد التدينين .

٨٩٥٠ - وعلى هذا الخلاف يُخرّج ما إذا قال : أنت طالق ، ثم زعم أنه أضمر (إن

(١) مزيدة من (ت ٦) .

(٢) في الأصل : فلا يقع طريق إلا الإلغاء .

(٣) في الأصل : أن لا نقبل .

(٤) في الأصل : لأنه .

(٥) في الأصل : على ما بعد .

(٦) ت ٦ : والنيات بمجردا .

(٧) زيادة من (ت ٦) .

(٨) ر . الإشراف على نكت مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب : ٧٤٦/٢ مسألة رقم : ١٣٥١ ،

والمعونة على مذهب عالم المدينة : ٨٥١/٢ ، وعيون المجالس للقاضي عبد الوهاب :

١٢٢٦/٣ مسألة : ٨٥٣ ، والقوانين الفقهية : ٢٣١ ، وحاشية الدسوقي : ٣٨٥/٢ ، والتاج

والإكليل للمواق بهامش شرح الحطاب : ٥٨/٤ .

شاء الله تعالى) وقد نص الشافعي في عيون^(١) المسائل : أنه [لو]^(٢) قال لامرأته : إن كلمت زيداً ، فأنت طالق ، ثم قال : أردت بذلك / إن كلمته شهراً ، [فالحكم]^(٣) بعد ١٤٣ ش انقضاء الشهر يرتفع ، فلو كلمته^(٤) بعد الشهر ، لم يقع الطلاق باطناً .

وللفقيه في هذا أدنى نظر ؛ فإن قول القائل : إن كلمت زيداً يتعلق بالأزمان على العموم ، وحملُ اللفظ الصالح للعموم على الخصوص من تأويل اللفظ على بعض مقتضياته ، وانتهى الأمر في تردد الألفاظ بين العموم والخصوص [إلى]^(٥) نفي طائفة من العلماء [صيغة]^(٦) مجردة ظاهرة في العموم ، وهذا لاعتقادهم تردد الألفاظ في هذين المعنيين . وليس هذا كما لو قال : أنت طالق ، وزعم أنه أضمر : إن دخلت الدار ، فإن هذه الصيغة وما في معناها لا التفات للفظ عليها بوجه من الوجوه .

[فما]^(٧) نقل عن الشافعي ملحق بقوله : أنت طالق مع دعواه أنه نوى الطلاق عن الوثاق .

فهذا تصرف الأصحاب في أصول التدين .

ويلتحق بالأصل الذي مهدناه ما لو قال : أنت طالق ثلاثاً وزعم أنه أراد التفريق على الأقراء ، فهذا لا يقبل ظاهراً ، وهل يُدَيَّن ؟ يلتحق هذا بما لو زعم أنه أضمر تأكيداً أو تعليقاً ؛ فإنه ليس في قوله : أنت طالق ثلاثاً ما يشعر بما ذكر . ولكن لو ذكره ، لانتظم الكلام معه .

(١) يلوح لنا أن المقصود بعيون المسائل هو كتاب (عيون المسائل في نصوص الشافعي) للإمام أبي بكر الفارسي ، ولقد راجعت الشرح الكبير للرافعي ، والروضة للنووي ، والبسيط والوسيط للغزالي ، ومختصر العزبن عبد السلام وجميعها تذكر المسألة على أنها من منصوبات الشافعي ، ولكن لا أحد من هؤلاء الأئمة الكرام ذكر موضع ورودها . والله أعلم .

(٢) زيادة من (ت ٦) .

(٣) في الأصل : والحكم .

(٤) في الأصل : فلو قال كلمته بعد شهر .

(٥) في الأصل : في .

(٦) في الأصل : وصيغة .

(٧) في الأصل : ومما .

ي ١٤٤ وإن قال : أنت طالق ثلاثاً للسنة ، ثم زعم أنه/ نوى التفريق على الأقراء ، فالظاهر [إلحاق]^(١) هذا بما لو أضرمت تأقيماً أو تعليقاً ، كما ذكرناه ، ولا يتغير الحكم بتقييد الثلاث بالسنة ، فإن هذا اللفظ في إشعار اللغة لا يقتضي تفريقاً ، وإذا رددنا لفظ السنة إلى موجب الشريعة ، فقد قدمنا من مذهب الشافعي أن السنة والبدعة لا تعلق لهما بالجمع والتفريق .

فهذا بيان الحكم في هذه المسألة وتنزيلها على مرتبتها في التدين .

٨٩٥١- [وللألفاظ في الطلاق]^(٢) مسالك كنت أوتر جمعها ، فبدا لي أن أؤخرها حتى يحصل الإلف بمجاري الكلام في الألفاظ . ومعظم مسائل هذا الكتاب مُدارة على مقتضى الألفاظ ، وهي معتبر الكتب المتعلقة بقضايا الألفاظ ، فالوجه أن نُجري في كل فصل ما يليق به ، ثم نختم الكلام بضوابط [تُنزل الألفاظ]^(٣) على مراتبها ، ونبين مقاصد الشرع فيها ، إن شاء الله تعالى .

فصل في

قال : « ولو قال لامرأته : أنت طالق ثلاثاً بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة . . . إلى آخره »^(٤) .

٨٩٥٢- إذا قال لامرأته المتعرضة للسنة والبدعة : أنت طالق ثلاثاً بعضهن للسنة ش ١٤٤ وبعضهن للبدعة ، راجعناه/ فإن أراد تنجيز طلاق واحدة في الحال توافق السنة^(٥) أو البدعة وتأخير اثنتين إلى الحالة الثانية ، فيقع على هذا الترتيب ، فإن تفسيره البعض [بواحدة]^(٦) في الحال ليس بعيداً عن مقتضى الظاهر .

(١) مزيدة من (ت ٦) .

(٢) في الأصل : والألفاظ في الظاهر .

(٣) زيادة من (ت ٦) .

(٤) ر . المختصر : ٧١/٤ .

(٥) في الأصل : والبدعة .

(٦) في الأصل : واحدة (بدون باء) .

[وإن]^(١) أراد فيما زعم تعجيل طلقتين على حسب موافقة الوقت في السُّنة والبدعة وتأخير طلقة إلى ارتقاب الحالة الأخرى ، فهذا ممكن محتمل ، وتفسيره فيه مقبول ظاهراً ، وذلك أن البعض لا يختص في حكم اللسان ، ولا في موجب العرف بمبلغ ، وهو لفظ مبهم يتناول الواحد والزائد على الواحد ، فإذا فسره كان بمثابة من يفسر مجملاً ، فيحملة على بعض جهات الاحتمال ، فلم يمتنع قبول حمل^(٢) البعض على الواحدة و[على]^(٣) الشنتين .

وإن زعم أنه أراد بالبعض نصف الثلاث وقعت ثنتان في الحال ، لأن نصف الثلاثة واحدة ونصف ، وكأنه نجّز طلقة ونصفاً ، ولو فعل ذلك ، لوقعت طلقتان ، وهذا بين في جهات الاحتمال .

ولو طلق وزعم أنه ما نوى شيئاً ، ولكن أجرى هذا اللفظ ، فالذي نقله المزني عن الشافعي أنه يقع في الحال ثنتان ، ثم قال من تلقاء نفسه : « أشبه بمذهبه عندي أن قوله بعضهن يحتمل واحدة ، فلا يقع غيرها »^(٤) ، فأوضح من قياس الشافعي أنه لا يقع عند الإطلاق إلا واحدة ، وأورد هذا على / صيغة التصرف على مذهب الشافعي ١٤٥ ي وقياسه ، ولم يورده مختاراً لنفسه ، وأنا أوتر أن ننظر في كل كلام له إلى ما أشرنا إليه ، فإن تصرف على المذهب وأجرى قياسه ، فهو تخريج على مذهب الشافعي وتخريجه أولى بالقبول من تخريج غيره ، وإن لم يتصرف على قياس المذهب ، واستحدث من تلقاء نفسه أصلاً ، فيعدّ ذلك مذهبه ، ولا يلحق بمتن المذهب ، فليكن ما قاله في هذه المسألة تخريجاً ، والمنصوص وقوع طلقتين ، ومذهب المزني وتخريجه على مذهب الشافعي أنه لا يقع إلا طلقة .

٨٩٥٣- التوجيه : وجه النص أن الثلاث موزعة على بَعْضَيْن مضافة إليهما ،

(١) في الأصل : وإنما .

(٢) ساقطة من (ت ٦) .

(٣) مزيدة من (ت ٦) .

(٤) ر . المختصر : ٧١ / ٤ .

فاقتضى إطلاق الإضافة التقييد ، على التنصيف^(١) وموجب هذا إثبات طلاق ونصف على حسب الحالة الناجزة ، والطلقة والنصف طلقتان ، فيتجزأ طلقتان ، ويتأخر طلاقاً . وهذا القائل يوجه النص بمسألة : وهي أن صاحب اليد في الدار لو قال : بعضها لفلان وبعضها لفلان ، فمقتضى هذا اللفظ الاعتراف لكل واحد منهما بشطر الدار .

وأما وجه مذهب المزني ، فهو أن البعض لفظ مجمل ، كما قدمنا تقريره ؛ فإن ذكر صاحب اللفظ تفسيراً/ ، قبلناه وإن أطلقه ، تردد بين القليل والكثير ، فوجب تنزيهه على الأقل ؛ فإننا لا نوقع من الطلاق إلا المستيقن ، وما تقدم ذكره من التسوية خيال لا يقع [بمثله]^(٢) الطلاق .

فإذا نصرنا مذهب المزني وعددناه قولاً مخرجاً ، لم نسلم مسألة الإقرار بالدار . ومن عجيب الأمر أن الأصحاب نقلوا مسألة الدار^(٣) [نقل]^(٤) من يرى أن الدار مشطرة بموجب اللفظ ، حتى [لا يراجع فيها]^(٥) المقر . وهذا خارج عن الضبط ، فالوجه القطع بأننا إذا فرعنا على تخريج مذهب المزني ، فما ذكره المقر لفظاً مبهم لا استقلال له ، ولا بد فيه من مراجعة المقر ، وإن عسرت مراجعته ، كان إقراراً مبهماً لا يُطْلَع على معناه ومقدار المقر به . ونظائر ذلك كثير في الأقاير .

وإذا فرعنا على النص ، فيجب القطع بالرجوع إلى قول المقر ، كما ذكرناه في الطلاق ، فإن عسر الرجوع عليه ، فقد يجوز حمل اللفظ على التنصيف والتشطير .

وهذا كلام ملتبس ، ولا وجه في مسألة الإقرار إلا الرجوع إلى قول المقر ، وكل ما كان مُجْمَلًا يُرجع فيه إلى تفسير مُطْلَقه ، فإذا عسر ذلك تفسيره ، استحال أن يُتَلَقَّى

(١) ت ٦ : التسوية .

(٢) في الأصل : بمثابة .

(٣) ت ٦ : مسألة الإقرار .

(٤) زيادة من (ت ٦) .

(٥) في الأصل : لا يراجعها فيه .

من اللفظ ما يلحقه بالظواهر ، [ويخرجه عن المجملات]^(١) ؛ فإن مخالفة الظاهر غير مقبولة في المعاملات ، وإن عُدَّ التفسير بياناً للمجمل ، وجب القضاء بالإجمال عند عدم التفسير / .

١٤٦ ي

٨٩٥٤- وقد يخطر [في]^(٢) ذلك للفظن شيء ، وهو أن المعظم لا يسمى بعض الشيء ، واسم البعض ينطلق على النصف فما دونه ، وإذا تقابل البعضان ، أشعر ذلك بأن كل بعض ليس المعظم ، فيجب القضاء بتنزيل البعضين على الشطرين .

[وهذا الآن يُظهر]^(٣) استفادة التنصيف من اللفظ ، ومساق هذا يقتضي ألا يقبل منه حمل البعض على المطلقة الواحدة ، وقد ذكرنا أنه لو حمل البعض على طلبة منجزة وطلقتين مؤخرتين ، قبل ذلك منه ، وهذا يلتحق بفن من الفنون في الطلاق ، وهو أنا قد نحمل لفظاً في الإطلاق على محمل ، فإذا قال صاحب اللفظ أردت غيره يُقبل منه ذلك ظاهراً ، [وهذا]^(٤) فوق درجة التدين ، وسيأتي نظائر لهذا ، إن شاء الله تعالى . فإذا المطلق محمول على التنصيف لما ذكرناه ، وإذا حمل البعض على الواحدة ، ففي قبول ذلك منه احتمال .

وقد ذكر صاحب التقريب [والعراقيون]^(٥) فيه وجهين : أحدهما - أنه يقبل ، وهو الصحيح ؛ إذ لفظ البعض يحتمل الواحدة احتمالاً بيناً .

والثاني - وهذا اختيار ابن أبي هريرة - أنه لا يقبل ؛ فإن مقتضى اللفظ ينجز الطلقتين على النص ، وإذا لاح هذا ، انتظم منه أن مقتضى النص أن اللفظ ظاهر في التنصيف مستقلاً بإفادته وفي^(٦) حمله على خلافه احتمال ظاهر النص ، وهل يقبل ١٤٦ ش

(١) في الأصل : ونلحقه بالمجملات .

(٢) مزيدة من (ت ٦) .

(٣) في الأصل : وهذا لا يظهر .

(٤) في الأصل : وهو .

(٥) مزيدة من (ت ٦) .

(٦) في الأصل : في (بدون واو) .

الحمل على خلاف الظاهر ؟ فعلى ما ذكرناه من الوجهين ، ومقتضى مذهب^(١) المزني أن اللفظ مجمل لا ظاهر له ، وموجب هذا قبول تفسيره ، فإن عدنا [التفسير]^(٢) ، نزلناه على الأقل .

ولو قال صاحب المقالة : أردت تعجيل بعض من كل طلاق في الحال ، فهذا مقبول وينتجز الطلقات الثلاث ؛ فإن أبعاد الطلاق مكمل على ما سيأتي شرح ذلك ، على ترتيب مسائل الكتاب ، إن شاء الله عز وجل .

فصل في

قال : « ولو قال : أنت طالق أعدل أو أحسن ... إلى آخره »^(٣) .

٨٩٥٥- إذا قال لامرأته : أنت طالق أعدل الطلاق ، أو أكمل ، أو أحسن ، أو أفضل ، أو أجمل الطلاق ، فإن أجمل هذه الألفاظ ، انصرفت إلى ما ينصرف إليه لفظ السنة ، فكأنه قال لها : أنت طالق للسنة ، فإن كانت حالها موافقة للسنة ، تنجزت الطلاق ، وإلا انتظرنا حالة السنة .

وما ذكرناه فيه إذا كانت المرأة بصدد السنة والبدعة ؛ فإن أراد بهذه الألفاظ السنة ، فقد طابق قصده ظاهر ألفاظه .

وإن قال : عنيت بما أطلقت من هذه الألفاظ تنجز الطلاق في الحال ، فرأيت أحسن أنواع الطلاق أعجلها ، فيتعجل الطلاق ؛ فإن ما ذكره محتمل ، ومهما ذكر ي ١٤٧ احتمالاً مقتضاه^(٤) إيقاع/ الطلاق ، فهو مقبول ، وإن كنا قد لا نقبل في نفي الطلاق مثل ذلك المعنى ظاهراً ، وإنما نحيل قوله على التدين .

فإن^(٥) قال : أردت بما أطلقت من الألفاظ تأخير الطلاق ، وإن كان في زمن

(١) في الأصل : ومقتضى ذلك مذهب المزني ...

(٢) في الأصل : التفسيرين .

(٣) ر . المختصر : ٧١/٤ .

(٤) في الأصل : احتمالاً معناه مقتضاه .

(٥) ت ٦ : فلو قال .

السُّنة ؛ فإنني رأيت المَهْلَ أَجْمَلَ من مفاجأة الطلاق ، فهذا لا يقبل ، إذا كان حالها موافقاً للسُّنة ؛ والسبب فيه أنه ينبغي نفْيَ الطلاق في الحال ، ثم ليس لمنتَهْيِ وقوع الطلاق ضبط لفظي ولا شرعي ، فإنه إن أراد التأخير من حال السُّنة إلى حال البدعة ، فهذا يخالف الشرع ، والألفاظ الشرعية ، وإن أراد التأخير إلى طهرٍ آخر ، فلا ضبط له ، فليس انتظار طهر ثانٍ أولى من انتظار طهر ثالث ، والمرأة في الحال في طهر لم يجز فيه جماع ، فخرج من مجموع ما ذكرناه أن هذه الألفاظ عند إطلاقها محمولة على السنة ، حتى إذا كانت [المرأة]^(١) في حالة بدعة ، تأخر الطلاق إلى وقت السنة ، وإن نوى تعجيلاً على خلاف السنة ، فقوله عليه مقبول . وإن كانت في حال السنة ، ونوى تأخيراً عن احتمالٍ يُبديه ، فذلك غير مقبول منه ظاهراً . ولا شك أنه يُدَيِّن على ما مهدنا أصل التدوين .

٨٩٥٦- ولو قال لامراته : أنت طالق أقبح الطلاق وأسمجه وأوحشه ، أو أفضحه أو أفضعه ؛ فإن أطلق هذه الألفاظ ، ولم ينو بها/ شيئاً ، فهو كما قال : أنت طالق ١٤٧ ش للبدعة ، ولا يخفى حكم هذه اللفظة ، فإن كانت في زمان بدعة ، تنجز الطلاق . وإن كانت في زمان سُنَّة ، تأخر وقوع الطلاق إلى مصيرها إلى حالة البدعة . ولو كانت في حالة سُنَّة ، فقال : أردت بأقبح الطلاق أعجله ، قُبِلَ ذلك منه وانتجز الطلاق ، وإن كان في حالة بدعة ، فقال : [أردت بالأقبح ما يتأخر]^(٢) ويُنتظر ، لم يقبل ذلك منه ؛ لأنه لا ضبط ولا توقف ينتهي إليه ، كما ذكرناه في الأحسن والأكمل .

والذي يختلج في الصدر من هذه المسألة أنه إذا قال : أنت طالق [للسنة ، وكان وقت السنة منتظراً ، فالكلام محمول على التأقيت ، وكذلك القول فيه إذا قال : أنت طالق للبدعة]^(٣) .

فأما إذا قال : أنت طالق أَجْمَلَ الطلاق [أو]^(٤) أقبح الطلاق ، فهذا في ظاهره

(١) مزيدة من (ت ٦) .

(٢) عبارة الأصل : أردت ما لا يتأخر .

(٣) زيادة من (ت ٦) .

(٤) في الأصل : « وأقبح » .

تنجيزٌ مع وصفٍ ، وليس في صيغة اللفظ ما يقتضي تعليقاً ، أو تأقيتاً . ولو قال قائل : مُطْلَقٌ هذا اللفظ التنجيز ، ثم ينظر في مُفسده على التفاصيل المقدمة ، لكان هذا كلاماً جارياً على صيغ الألفاظ ومعناها .

وليس ما ذكرناه مذهباً لذي مذهب ؛ فإن الأصحاب مجمعون في الطرق على أن الأحسن وما في معناه مطلقه محمول على ما يحمل عليه قول القائل : أنت طالق للسنة ، والأقبح محمول عند الإطلاق على ما يحمل عليه قول القائل : أنت طالق للبدعة .

ي ١٤٨ فهذا بيان الفصل نقلاً/ واحتمالاً .

٨٩٥٧- ثم ذكر الشافعي أنه لو قال : أنت طالق طلاقاً حسنة ، [كان]^(١) كما لو قال : أنت طالق للسنة ، وكذلك ما في معنى هذا اللفظ .

وإذا قال : أنت طالق طلاقاً قبيحة ، فهو كما لو قال : أنت طالق للبدعة .

ومنتهى التقريب^(٢) في هذا الفصل أن الأحسن صفة مدح ، وهذا مفهوم من هذا اللفظ ، فلا محمل له أولى من [السني ، والأقبح صفة ذم ، فلا محمل له أولى من]^(٣) المحظور المحرم .

ولو قال : أنت طالق طلاقاً حسنةً قبيحةً ، فقد جمع بين النقيضين ، وتنتفي الصفتان لتناقضهما ، ويبقى الطلاق المطلق ، وهو محمول على التنجيز ، وكذلك لو قال : أنت طالق طلاقاً لا سنية ولا بدعية ، وكانت متعرضة لهما جميعاً ، فتعارض الصفتان وتسقطان في النفي ، كما سقطتا في الإثبات ، ويبقى الطلاق المطلق .

ولو قال للتي لا تتعرض للسنة والبدعة : أنت طالق للسنة والبدعة ، فالصفة ساقطة والطلاق مُطلق ، وحكم الانتجاز كما ذكرناه .

(١) مزيدة من (ت ٦) .

(٢) ت ٦ : التقرير .

(٣) زيادة من (ت ٦) .

٨٩٥٨- ثم قال الشافعي : « لو قال : أنت طالق إذا قدم فلانٌ للسنة... إلى آخره »^(١) . إذا قال لامرأته : إذا قدم فلان ، فأنت طالق للسنة ، فالقول الوجيز في هذا الفصل أنا ننظر إلى قدوم فلان ، وإلى حالة المرأة عند قدومه ، ونقول : كأنه قال لها عند قدومه : أنت طالق للسنة ، ثم لا يخفى حكم ذلك / .

١٤٨ ش

وكذلك لو قال : إذا قدم فلان ، فأنت طالق للبدعة ، فهو كما لو قال : عند قدومه أنت طالق للبدعة .

ومما يتعلق بهذا الفصل أنه لو قال هذا القول والمرأة حالة قوله لم تكن من أهل السنة ، ولا من أهل البدعة ، ثم صارت من أهلها ، فقدم زيد ، فالحكم بحالها عند قدوم زيد ، ولو كانت من أهل السنة والبدعة ، ثم خرجت عن أن تكون من أهل السنة والبدعة باليأس والتقاعد ، فالاعتبار بحالها عند قدوم زيد .

وكل ما ذكرناه يندرج تحت قولنا : نجعل ما ذكره بمثابة ما لو قال لامرأته عند قدوم زيد : أنت طالق للسنة أو البدعة .

ومما يتعلق بهذا الفصل أن الرجل إذا قال لامرأته : إذا قدم فلان ، فأنت طالق للبدعة ، فهذا التعليق في نفسه بدعة ؛ لأن الطلاق لا يقع به إلا موجب البدعة ، وإذا قال : إذا قدم فلان ، فأنت طالق للسنة ، فتعليقه هذا ليس محظوراً ، ولو قال لامرأته : إذا قدم زيد ، فأنت طالق ، ولم يتعرض لوصف الطلاق عند القدوم بالسنة والبدعة ، فإذا قدم زيد ، طَلَّقَتْ ، وإذا^(٢) كان في زمان بدعة ، وقع الطلاق [بدعياً ، وإن كانت في زمان سنة ، وقع الطلاق]^(٣) سنياً .

هذا قولنا في صفة الطلاق الواقع .

٨٩٥٩- فأما التعليق نفسه ، فليس فيه تعرض لسنة وبدعة ، وإنما هو تعليق / طلاق ١٤٩ ي بصفة ، فظاهر كلام الشافعي على أن التعليق لا يتصف بالبدعة ؛ فإن الأمر متردد ، ولم

(١) ر . المختصر : ٧٢ / ٤ .

(٢) ت ٦ : فإن كانت .

(٣) زيادة من (ت ٦) .

يقصد المعلق اعتماد إيقاع الطلاق في وقت البدعة .

وحكى من يوثق به من أصحاب القفال أنه كان يقول : التعليق [على] ^(١) الإطلاق بدعة ، إذا كان لا يمتنع وقوع الطلاق في وقت البدعة ؛ لأنه متردد بين أن يقع الطلاق بدعيًا ، وبين أن يقع سنيًا وغير بدعي ، والتردد بين المعصية وغيرها في نفسه معصية . وهذا الذي ذكره القفال وإن كان معترضاً بمسلك من المعنى [فهو] ^(٢) بعيد من وجهين : أحدهما - أنه في حكم الهجوم على ما اتفق عليه الأولون ؛ فإن تعليق الطلاق على الصفات [لم] ^(٣) يحظره أحد ، والآخر - أن تحريم الطلاق بسبب تطويل العدة أو بسبب ندامة الولد ليس جارياً على قياس جلي ؛ وإنما التعويل الأظهر فيه التبعّد ، فلا ينتهي الأمر إلى مصير التعليق بدعيًا لجواز إفضائه إليه ، إذا لم يوجد من المطلق تجريد قصد إلى مصادفة البدعة .

فصل في

قال : « ولو قال : إن لم تكوني حاملاً ، فأنت طالق . . . إلى آخره » ^(٤) .

٨٩٦٠- مضمون هذا الفصل الكلام في مسألتين : إحداهما - أن يقول الرجل ش ١٤٩ لامرأته : إن كنت حاملاً ، فأنت طالق ، والآخرى أن يقول لها : إن كنت/ حائلاً ، فأنت طالق ، فنبدأ بما إذا قال لامرأته : إن كنت حاملاً ، فأنت طالق ، فالطلاق معلق بوجود الحمل في بطنها حالة التعليق ، فلا نحكم بوقوع الطلاق في الحال للشك القائم والتردد ، والأصل بقاء النكاح ، ولكن إن أتت بولد لسته أشهر ^(٥) ، فقد استيقنا وجود الحمل حالة التعليق ، فنقضي بوقوع الطلاق تبييناً ، واستناداً ^(٦) ، ثم تقضي العدة بوضع

(١) في الأصل : في .

(٢) في الأصل : فهذا .

(٣) سقطت من الأصل .

(٤) ر . المختصر : ٧٢/٤ .

(٥) هذا الحكم مبني على تقدير أقل الحمل بستة أشهر ، فإذا ولدت لسته أشهر بعد يمين الطلاق المعلق ، فمعنى هذا أنها كانت حاملاً بيقين وقت عقد اليمين .

(٦) تبييناً واستناداً : أي نحكم بوقوع الطلاق مستنديين في هذا الحكم إلى ما تبيناه من وجود الحمل =

الحمل ، ولو أتت بولد لأكثر من أربع سنين ، فكما^(١) مضت أربع سنين تبيناً حيالها^(٢) حالة التعليق ، فلا يقع الطلاق .

وإن أتت به لأكثر من ستة أشهر ، وأقل من أربع سنين ، فإن لم^(٣) يطأها بعد عقد اليمين ، وقع الطلاق ، لأننا وإن كنا نجوز أن يكون علوقها بعد العقد ، فالأمر محمول على أن العلوق من الزوج والوطء [المتقدم]^(٤) على اليمين ، وإذا كان كذلك ، فيقدر الحمل موجوداً حالة التعليق ، ونقضي بوقوع الطلاق .

وذكر الأئمة قولاً آخر : أن الطلاق لا يقع ، لجواز أن يكون العلوق بعد اليمين ، والأصل بقاء النكاح ، وهذا القائل يقول : لا نحكم بوقوع الطلاق ما لم [نتيقن]^(٥) وجود الحمل حالة اليمين .

وإذا كان^(٦) الزوج يطؤها بعد اليمين ، وأمكن إحالة العلوق على الوطء المتجدد بعد اليمين ، فلا خلاف / أنا لا نحكم بوقوع الطلاق ، ولو وطئها بعد اليمين فأتت بولد ١٥٠ لأقل من ستة أشهر من ذلك الوطء الجاري بعد اليمين ، فلا أثر لذلك الوطء ، فإن إمكان العلوق لا يسند إليه^(٧) .

فتحصل من مجموع ما ذكرناه أنه إذا جرى بعد اليمين وطء يمكن إحالة العلوق

= وقت اليمين (وقد سبق لنا أن شرحنا معنى التبين والاستناد) .

(١) فكما مضت أربع سنين : أي عندما مضت أربع سنين .

(٢) تبيناً حيالها : هذا الحكم مبني على تقدير أقصى مدة للحمل بأربع سنين ، فإذا جاءت بولد لأكثر من أربع سنين - بعد تعليق الطلاق على حملها - تبيناً باليقين أنها لم تكن حاملاً عندما علق طلاقها .

(٣) اشترط عدم الوطء - بعد اليمين - هنا ؛ لأنه لو وطئها بعد اليمين ، لكان العلوق محتملاً من هذا الوطء المتجدد .

(٤) في الأصل : المقدر على اليمين .

(٥) في الأصل : نتبين .

(٦) ت : ولو كان .

(٧) هذا الحكم بعدم إمكان العلوق من الوطء بعد اليمين ، إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر ، مبني - كما هو واضح - على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، فإذا ولدت لأقل من ستة أشهر ، بعد اليمين - تبيناً يقيناً أنها كانت حاملاً عندما علق الطلاق على حملها .

عليه^(١) ، لم يقع الطلاق ، وإن استيقنا وجود الولد حالة التعليق ، بأن أتت به لدون ستة أشهر ، حكمنا بوقوع الطلاق ، وإن لم يجر وطء بعد اليمين ، أو جرى وطء لا يمكن إحالة العلوق عليه ، ولكن كان يمكن إحالة العلوق على وطء من غير الزوج ، فالشرع في إلحاق النسب يقدر استناد العلوق إلى الوطاء المتقدم على اليمين^(٢) غير أن سبيل الاحتمال غير منحسم بأن يفرض العلوق بعد اليمين من غير الزوج ، فظاهر المذهب الحكم بوقوع الطلاق .

وفي المسألة قول آخر [أنا لا]^(٣) نحكم بالوقوع للتردد الثابت والأصل بقاء النكاح .

٨٩٦١- ثم إذا قال لها : إن كنت حاملاً ، فأنت طالق ، فإلى أن نتبين^(٤) من العواقب ما ذكرناه ، هل يحل للزوج وطؤها أم كيف الطريق ؟ قال الأصحاب : لا يطؤها حتى يستبرئها ؛ فإنه ذكر لفظة الطلاق ، ووقوعه غير بعيد ، وأمر الأبضاع على التشديد . ونقل العراقيون قولاً [آخر]^(٥) أن الوطاء لا يحرم ، بل يكره ، فحصل قولان ش ١٥٠ في تحريم الوطاء : أحدهما - أنه محرم ، لما قدمناه . والثاني / - أنه مكروه غير محذور ، لأننا لم نستبين وقوع المحرم ، ثم إذا حرمانا الوطاء ، وقلنا : يستبرئها ، فلا يطؤها حتى تنقضي مدة الاستبراء . وبكم يستبرئها ؟ فعلى وجهين ذكرهما العراقيون ، والقول في حرة خوطبت بما ذكرناه . فأحد الوجهين أنه يستبرئها [بثلاثة أقراء ؛ فإن الاستبراء في حق الحرة لا ينقص عن ذلك .

والثاني أنه يستبرئها]^(٦) بقراء واحد ، كما تستبرأ الأمة المملوكة ؛ لأن هذا ليس بعدة ، واعتبار العدد في الأقراء يتعلق بالعدد ، وإنما الغرض بهذا الاستبراء استظهار

(١) يعرف ذلك إذا علمنا أقل مدة الحمل وأقصاها ، وقد مضى أنها ستة أشهر في الأقل ، وأربع سنين في الأقصى .

(٢) ت ٦ : على العقد .

(٣) في الأصل : ما لا نحكم .

(٤) ت ٦ : نتبين وقوع الطلاق من العواقب . . .

(٥) في الأصل : واحداً .

(٦) ما بين المعقفين زيادة من (ت ٦) .

وتعلق بعلامة . ثم قالوا : إن قلنا : يستبرئها بثلاثة أقراء ، فهي أطهار [على]^(١) ما سيأتي في العدد ، إن شاء الله تعالى .

وإن قلنا : يستبرئها بقرء واحد ، فسيبيله كسبيل استبراء المملوكة ، ثم المذهب الصحيح أنه حيضة ، وفيه وجه أنه طهر ، وسيأتي ذكره في موضعه ، إن شاء الله تعالى . ثم إذا مضى الاستبراء على ما ذكرناه ، فيحل للزوج وطؤها . ومما ذكره العراقيون أنه لو استبرأها أولاً - إما بقرء أو أقراء ، وظهر عنده براءتها في ظاهر الحال - ثم قال : إن كنت حاملاً ، فأنت طالق . فهل يحل وطؤها بناءً على الاستبراء المتقدم ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه يحل لحصول علامة براءة الرحم ، وليست في اعتداد على التحقيق ؛ حتى نعتبر فيه الترتيب ، ونقضي بأن العدة إنما يعتد بها إذا ترتبت على الطلاق .

والوجه الثاني - أنه لا حكم للاستبراء المتقدم ، كما لا حكم للعدة/ قبل الطلاق ، ١٥١ ي والاستبراء قبل الشراء^(٢) .

٨٩٦٢- ومما يتعلق بذلك [أنا]^(٣) إذا أمرناه بالاستبراء ، فمرت بها صورة الأقراء ، ثم أنت بوليدٍ لزمانٍ يُعلم وجوده حالة اليمين ، فتبين بالأخيرة أن الوطاء صادف مطلقةً ، وأن [ما]^(٤) كنا نحكم به أمرٌ ظاهر ، وقد بان أن الحكم بخلافه ، ثم لا يخفى تفصيل القول في المهر ، وتجدد العدة ، وغيرهما من الأحكام . وإذا أمرناه بالاستبراء ، فمضى شهر أو شهران وأكثر ، فلم ير قرءاً وهي من أهل الأقراء ؛ فإنه يجتنبها ؛ فإن انقطاع الحيض عنها من مخايل الحمل ، وهذا يؤكد التحريم ، ثم الأمر يبين بوضعها الحمل وعدم وضعها ، كما تقدم .

ولو كانت في سن الحيض ، ووقت إمكان الحيض ، فقال : إن كنت حاملاً ، فأنت طالق ، وما كانت حاضت من قبل ، فالعدة في حق مثل هذه - لو طلقت - بالأشهر ؛

(١) زيادة من (ت ٦) .

(٢) قبل الشراء : أي شراء الأمة .

(٣) سقطت من الأصل .

(٤) زيادة من (ت ٦) .

فإذا اعتدت بالأشهر ، نكحت ، وجعلنا مضيَّ الأشهر علامة على براءة الرحم ؛ حتى يجوز لها أن تنكح ، وإذا ذاك توطأ ، ثم في الحكم بانقضاء العدة حكمٌ بانبتات النكاح ، [فإن]^(١) الرجعية زوجة ما دامت في العدة .

فخرج مما ذكرناه أن الأشهر في حق هذه في مسألتنا إذا لم تكن حاضت [قبل]^(٢) بمثابة الأقراء ، فإذا مضت الأشهر ، حلّ له وطؤها إلا أن تظهر بعد الأشهر علامة ش ١٥١ الحمل ، فإذا ذاك يمتنع . وذاتُ الأشهر إذا رأت/ علامة [الحمل]^(٣) بعد الاعتداد بالأشهر لم تنكح ، وإذا استرابت ، ففيها كلام^(٤) ، سيأتي في كتاب العدد ، إن شاء الله تعالى .

هذا تمام البيان فيه إذا قال لها : إن كنت حاملاً فأنت طالق .

٨٩٦٣- وقد يتعلق بهذا أنه لو قال للمتقاعدة الآيسة : إن كنت حاملاً ، فأنت طالق ، فهل يحل له الإقدام على وطئها ؟ حق هذه المسألة أن تبنى على أن الاستبراء المتقدم هل يؤثر في إباحة الوطء أم لا ؟ فإن جعلناه مؤثراً وقد تحقق اليأس ، فالظاهر أنه يحل له وطؤها . وإن لم نعتبر ما تقدم على عقد اليمين ، فاستبرأؤها بالأشهر محتملٌ .

وكل ذلك كلام في مسألة واحدة من المسألتين الموعودتين .

٨٩٦٤- فأما المسألة الثانية ، وهي أن يقول لها : إن كنت حائلاً ، فأنت طالق ، ومعناه إن لم تكوني حاملاً ، فأنت طالق ، فالطلاق معلق في هذه المسألة بعدم الحمل ، وكان معلقاً في المسألة الأولى بوجود الحمل ، فنقول أولاً : لو أتت بولد لأقل من ستة أشهر ، فلا يقع الطلاق ؛ لأننا تحققنا وجود الحمل عند عقد اليمين ، والطلاق معلق على عدم الولد ، وإن أتت بالولد لأكثر من أربع سنين ، أو لم تأت بولد

(١) في الأصل : في الرجعة .

(٢) مزيدة من (ت ٦) .

(٣) سقطت من الأصل .

(٤) ت ٦ : تفصيل سيأتي .

في أربع سنين ولا بعدها ، نحكم بوقوع الطلاق ، لعلمنا بأنها لم تكن حاملاً حالة عقد اليمين .

وإن أتت بولد لأكثر من ستة أشهر ، ولأقل من أربع سنين ، واحتمل أن يكون الحمل موجوداً يوم الحلف ، واحتمل/ ألا يكون ، فإن لم يطأها الزوج بعد اليمين ، ١٥٢ ي فالأظهر أنها حبلت بما سبق من الوطء قبل اليمين ، وأنها كانت حاملاً قبل^(١) اليمين ، ونحكم في هذه الصورة بأن الطلاق لا يقع وجهاً واحداً ؛ إذا الأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق ، والظاهر استناد العلوق إلى ما تقدم ، فاجتمع الظاهر والأصل في نفي الطلاق .

ولو حلف كما صورنا ، ثم وطئ بعد اليمين ، فأنت بولد لأكثر من ستة أشهر من وقت اليمين ، نظر : فإن أتت به لأقل من ستة أشهر من وقت الوطء بعد اليمين ، فلا أثر لذلك الوطء ؛ فإن إمكان العلوق لا يستند إليه ، فوجوده في غرضنا كعدمه . وإن أتت به لأكثر من ستة أشهر من وقت اليمين ومن وقت الوطء بعد اليمين ، ففي وقوع الطلاق وجهان في هذه الصورة : أحدهما - يقع ؛ لأن الظاهر [أنه محمول]^(٢) على الوطء بعد اليمين ، وأنها كانت حائلاً قبله .

والوجه الثاني - أنه لا يقع ؛ لجواز أن [تكون]^(٣) حاملاً وقت اليمين ، وأن الزوج وطئها ، وهي حامل ، ولا يقع الطلاق بالشك ، وإنما يقع باليقين ، وقد يقع بالظاهر ، وليس في الوطء المتجدد ما يظهر الحيال وعدم الحبل قبله وهذا ما اختاره صاحب التقريب ، وهو لعمرى مختار .

٨٩٦٥- ثم نتكلم وراء هذا في حل الوطء وتحريمه ، ووجوب الاستبراء ، فإذا قال : إن لم/ تكوني حاملاً ، فأنت طالق ، فلم نبين بعد حَيْالَهَا وَحَمَلَهَا ، فهل يحرم ١٥٢ ش الإقدام على وطئها قبل أن نبين الأمر ؟

(١) (ت ٦) : وقت اليمين .

(٢) في الأصل : أنها محمولة .

(٣) مزيدة من (ت ٦) .

قد ذكرنا تعليق الطلاق بالحمل قبل ، وهذا تعليق الطلاق بعدم الحمل ، وذكرنا فيه إذا علق الطلاق بالحمل قولين في تحريم الوطء ، والأصل عدم الحمل ، فإذا علق الطلاق بالحيال ، فالتحريم أغلب هاهنا ؛ من جهة أن الأصل عدم الحمل ، والطلاق يقع بعدم الحمل .

٨٩٦٦- والذي تحصل من مسلك الأصحاب في المسألتين طريقان : أحدهما - أنه إذا قال : إن لم تكوني حاملاً ، فأنت طالق ، يحرم الوطء في الحال قولاً واحداً . وإذا قال : إن كنت حاملاً ، فأنت طالق ؟ فهل يحرم الوطء في الحال ؟ فعلى قولين . والطريقة الأخرى عكس هذه ، فإذا قال : إن كنت حاملاً فأنت طالق ، فمن أصحابنا من قال : لا يحرم الوطء ، بل نكرهه قولاً واحداً ؛ فإن الأصل عدم الحمل . وإذا قال : إن لم تكوني حاملاً فأنت طالق ، فهل يحرم الوطء أم يكره ؟ فعلى قولين . فإذا جمع الجامع الطريقتين ، فحاصل القول في المسألتين ثلاثة أقوال : أحدها - التحريم فيهما .

والثاني - الكراهية فيهما ، مع رفع التحريم .

والثالث - أن الوطء يحرم إذا كان الطلاق معلقاً بعدم الحمل ، ولا يحرم إذا كان معلقاً بالحمل .

ي ١٥٣ ثم إذا بان الكلام في التحريم ، وجرينا على أن الوطء يحرم/ فيه إذا قال : إن لم تكوني حاملاً فأنت طالق ، فإذا انكف عنها ، فمضى بها قرء أو قرءان على انتظام الأقرء ، ولم يظهر بها حمل ، قال صاحب التقريب والقاضي : نحكم بوقوع الطلاق وتبيناً حيالها حالة [عقد]^(١) اليمين ، ثم تكون الأقرء بعد عقد اليمين عدتها ، فلها أن تنكح .

وإذا جعلنا الاستبراء في هذه المحال بقرء واحد ، حكمنا بوقوع الطلاق إذا مضى قرء ، واحتسبنا هذا القرء من عدتها ، وأمرناها باستقبال قرأين آخرين بعده ، ويتم انقضاء العدة ، فالذي ذكره المحققون أننا نحكم بوقوع الطلاق عند مضي ثلاثة أقرء تبييناً وإسناداً

إلى وقت اليمين . وإذا مضى قرء واحد ، فهل نحكم بوقوع الطلاق ؟ فعلى وجهين .

٨٩٦٧- وفي هذا المقام وقفة على الناظر ؛ فإننا إن ذكرنا تردُّداً في المسألة الأولى : وهي إذا قال : « إن كنت حاملاً ، فأنت طالق » - في أن وطأها هل يحل بقرء واحد ، فسببه أن الأصل الحِل ، ونحن نبغي علامةً على البراءة ، فأما الحكم بوقوع الطلاق بقرء واحد ، فبعيد ، وليست النفس خالية عن التردد في الحكم بوقوع الطلاق بعد ثلاثة أقراء ، فما الظن بالقرء الواحد ؛ فإن الرجل إذا طلق امرأته ، فأصل الطلاق البُتُّ ، [ولذلك]^(١) حرمت الرجعية ، فإن نحن أحللنا الرجعية بعد ثلاثة أقراء للأزواج ، فسببه مضي علامات البراءة بعد الطلاق^(٢) ، وها هنا الطلاق واقع بالعلامات عند الأصحاب .

ولكن هذا الذي ذكرناه توسَّع في الكلام ؛ فإن الذي رأيناه للأصحاب أنه إذا مضت ثلاثة أقراء ، حكمنا بوقوع الطلاق ؛ فإن الأقراء علامة على براءة الرحم ، وعلى هذا بنينا انقطاع الرجعة [وبينونة]^(٣) الرجعية وحلِّ نكاحها لغير المطلق ، وكان من الممكن أن نأمرها بالتربص إلى انقضاء أكثر مدة الحمل^(٤) ، فإذا قضى الشرع بإحلالها بناء على / علامة البراءة ، فيقع القضاء بوقوع الطلاق بناء على علامة البراءة ، وقد علّق ١٥٣ ش الطلاق على عروِّ رحمها عن الولد ، إذ قال : إن لم تكوني حاملاً فأنت طالق ، فإذا قامت علامة الاستبراء بقرء أو أقراء قبل اليمين ، فهل نحكم بوقوع الطلاق كما^(٥) علّقه بالحيال ؟ فعلى وجهين قدمنا ذكرهما .

ومما يجب ترتيبه على ذلك أنه إذا قال لامرأته : إذا برىء رحمك فأنت طالق ، يجب تخريج هذا على ما ذكرناه من مضي القرء والأقراء ، ويجب القطع بأنه إذا مضت ثلاثة أقراء والزوج مجتنبها ، فيقع الطلاق ، وفي القرء الواحد الخلاف .

٨٩٦٨- ولو قال : إن استيقنت براءة الرحم ، لم نقض بوقوع الطلاق ما لم يمض

(١) في الأصل : وكذلك .

(٢) ت ٦ : طلاق .

(٣) في الأصل : وتبين به .

(٤) أكثر مدة الحمل : أي أربع سنوات .

(٥) كما : عندما .

أكثر مدة الحمل ، ونعود إلى التنبيه مرة أخرى ، ونقول : بنى الأصحاب وقوع الطلاق على حكم الشرع بأن الأقراء دالة على براءة الرحم ، وذلك حكم مقتضى ، وتعبد متبع بعد وقوع الطلاق ، وكنت أود لو طلبنا في تعليق الطلاق يقين الصفة ؛ فإن الأيمان مبنية على معاني الألفاظ ، ولا فرق بين أن يقول القائل : إن قدم زيد ، فأنت طالق ، [وبين أن يقول : إن استيقنت قدوم زيد ، فأنت طالق]^(١) ، فتحقيق القدوم مطلوب ، وإذا قال : إذا استيقنت حيالك ، فأنت طالق ، فوقع الطلاق بثلاثة أقراء محال ، فإذا قال : / إن كنت حائلاً ، فأنت طالق ، فالحكم بوقوع الطلاق من غير استيقان الحيال ي ١٥٤ بعيد عن موجب الأيمان ، وقضايا الألفاظ . وقد وجدت لشيخنا^(٢) ما يدل على هذا ، فلذلك عدت إليه ، والعلم عند الله تعالى .

٨٩٦٩- ومما يتعلق بتمام الكلام في ذلك أنه إذا قال لها : إن كنت حائلاً ، فأنت طالق ، ثم مرّ بها ثلاثة أشهر ، ولم تر دماً ، فإن كانت من ذوات الأقراء ، لم نحكم بوقوع الطلاق ؛ فإننا لا نحكم بأن عدتها تنقضي بالأشهر لو كانت مطلقة ، ولو كانت على سن الحيض ولكن لم تحض ، وقد قال : إن لم تكوني حاملاً ، فأنت طالق ، ومضت بها ثلاثة أشهر ، فالأشهر في حق هذه عدة بعد الطلاق ، مسلطة على التزويج ، فإذا قال لها : إن لم تكوني حاملاً [أو كنت حائلاً]^(٣) ، فأنت طالق ، فقياس قول الأصحاب وقوع الطلاق . وهذا على نهاية البعد ؛ فإن مضي الأشهر الثلاثة أو مضي شهر واحد على طريقة أخرى يُفضي إلى الحكم بوقوع الطلاق ، مع أن الأصل بقاء النكاح ، والطلاق لا يقع بالشك .

ثم قال الأصحاب : إذا حكمنا بوقوع الطلاق بعد مضي ثلاثة أقراء في ذوات ش ١٥٤ الأقراء ، فأنت بولد بعد ذلك لأقل من ستة أشهر / [من وقت اليمين]^(٤) ، بان أن الطلاق الذي حكمنا بوقوعه لم يقع ؛ فإننا استيقنا أنها حامل حالة عقد اليمين ، والطلاق

(١) زيادة من (٦) .

(٢) لشيخنا : المراد والده .

(٣) زيادة من (٦) .

(٤) في الأصل : في وقت الطلاق .

معلق بالحيال . [وإذا]^(١) أتت بالولد لأكثر من ستة أشهر ، فإن لم يطأها بعد اليمين ، قالوا تنبئن أن الطلاق لم يقع أيضاً ، وإن وطئها بعد اليمين وطأً يمكن إحالة العلوق عليه ، ففي [نقض]^(٢) ما حكمنا به من الطلاق وجهان .

هذا كلام الأصحاب ، وقد أتينا فيه بأكمل البيان ، نقلاً وتنبهاً على محال الاحتمال . والله المستعان .

فصل في

قال : « ولو قالت له : طلقني ، فقال : كل امرأة لي طالق ، طلقت امرأته التي سألتها إلا أن يكون عزلها بنيتها . . . إلى آخره »^(٣) .

٨٩٧٠- صورة المسألة أن الزوجة جاءت إلى زوجها مشاجرةً ، وهي تزعم : أنك نكحت امرأة وهو يترضاها ويأبى ، ويزعم أنه لم ينكح ، وهي مصرّة في خصامها ، فقال : كل امرأة لي فهي طالق ، وهو يبغى تصديق نفسه ، فلو استثنى باللسان السائلة المشاجرة ، وقال : كل امرأة لي غيرك فهي طالق ، فلا تطلق السائلة ، وطُلّقت سائر زوجاته سواها ، وإن لم يستثنها باللسان ، ولا عزلها بالقلب ، فظاهر كلام الشافعي أن الطلاق لا يقع ظاهراً ، فإنه قال : طلقت امرأته التي سألتها إلا أن يكون عزلها بنيتها .

فاختلف أصحابنا فذهب بعضهم إلى أن الطلاق يقع على السائلة ؛ فإن قوله : كل امرأة لي ، لفظٌ يعم السائلة وغيرها ، فيجب إجراؤه على عمومها ، فإذا زعم أنه ١٥٥ ي خصمه ، لم يقبل ذلك منه في الظاهر ؛ فإنه خلاف الظاهر ، وهذا القائل سلك مسلكين في نص الشافعي : أحدهما - أنه حمّله على التدين والباطن ، ولا يخفى على من أحاط بأصل التدين أنه إذا كان صادقاً في استثناء السائلة بنيتها ، لم يقع الطلاق عليها باطناً . هذا مسلك . وربما قال هذا القائل : النقل مختلٌ ، والخلل من المزني .

وذهب بعض أصحابنا إلى أن الطلاق لا يقع على السائلة ظاهراً ، والزوج مصدق ،

(١) في الأصل : إذا (بدون واو) وت ٦ : وإن .

(٢) في الأصل : بعض .

(٣) ر . المختصر : ٧٢ / ٤ .

وإذا اتهم حُلف ، وقد مال القاضي إلى هذا ، واحتج عليه بأن قرينة الحال تصدقه فيما يدّعيه ، والكلام يظهر بقرينة الحال ظهوره بقيود المقال ، وسنذكر في ذلك أصلاً ممهداً في الفروع ، ومن صورته أن الرجل إذا حلّ القيد عن زوجته ، ثم قال : أنت طالق ، وزعم أنه أراد تطليقها عن قيدها ، وإنشاطها عن عقالها ، وقد جرى ذلك ظاهراً ، [فهل] ^(١) يصدّق في حمل لفظ الطلاق على حل الوثاق والحالة هذه ؟ فعلى اختلاف [بين] ^(٢) الأصحاب ، وهذا يجري مهما ^(٣) اقترن باللفظ ما يُظهر قصد ^(٤) التدينين ، وسيأتي ذلك مفصلاً ، إن شاء الله عز وجل .

٨٩٧١- ثم ذكر القاضي كلاماً آخر بدءاً ، فقال : « إذا قال : نسائي طواقت ، وله أربع نسوة ، ثم زعم أنه عزل واحدة منهن بقلبه ، فهل نقبل ذلك منه في ظاهر ش ١٥٥ الحكم / ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه يُقبل ؛ لأن اللفظ العام قابل للتخصيص ، وإذا وجدنا جريان ذلك في الكتاب والسنة ، لم نُبعد قبوله ظاهراً ، ويُصدّق الزوج فيه » .
وهذا غريب ، لم أره لغيره ، ويلزم على مقتضاه أنه إذا قال : عبيدي أحرار ، ثم

(١) في الأصل : أنها تصدق .

(٢) في الأصل : من .

(٣) مهما : معناها هنا (إذا) ، وهذا المعنى غير منصوص في المعاجم . وهذا الاستعمال جاء في كتاب (العين) للخليل بن أحمد حين قال : « إذا سئلتَ عن كلمة ، وأردت أن تعرف موضعها ، فانظر إلى حروف الكلمة ، فمهما وجدت منها واحداً في الكتاب المقدم ، فهو في ذلك الكتاب » انتهى من مقدمة كتاب العين ، نقلاً عن رسالة بعنوان (تصحيح الكتب وصنع الفهارس) للشيخ أحمد شاكر ، وهي مسئلة من مقدمته لتحقيق وشرح (جامع الترمذي) وقد اعتنى بها فأفرداها بالنشر وعلق عليها أخونا الكريم العلامة الشيخ عبد الفتاح أبو غدة - برّد الله مضطجعه ، فكان من تعليقاته النفيسة ، تعليقه في هذا الموضع على كلام الخليل بن أحمد هذا ، واستعمال (مهما) بمعنى (إذا) فقال :

« قول الخليل هنا : (فمهما) ، لفظ (مهما) هنا بمعنى (إذا) ، وهذا المعنى لم يذكر في (المعاجم) ، ولم أر له شاهداً في كلام العرب فيما وقفت عليه ، والعمدة في كلام اللغويين ما يروونه لا ما يلفظونه . وقد وجدت هذا الاستعمال في كلام الإمام الغزالي في « المستصفى من علم الأصول » اهـ . (ر . تصحيح الكتب وصنع الفهارس المعجمة : ص ٤٧ ، وهامش رقم (١) من نفس الصفحة) .

(٤) ت ٦ : معنى التدينين .

زعم أنه لم يرد بالعبد إلا ثلاثة منهم واستثنى الباقي ، فيجب خروج تصديقه ظاهراً على هذا الخلاف ، ولم يفرض هذه المسألة في قرينة حال ؛ حتى يستمر تخريجها على رفع القيد مقترناً بقوله : أنت طالق عن وثاق ، ثم قال القاضي لو قال : نسائي طوالق ، وزعم أنه عزل ثلاثاً وبقي واحدة ، فلا يقبل ذلك منه ؛ فإن الواحدة لا ينطلق عليها لفظ النساء ، ولا توصف بالطوالق ، ولم يذكر التفصيل فيه إذا زعم أنه استثنى ثنتين وأراد بالطلاق ثنتين . [ولعلنا]^(١) نذكر هذا الجنس في مسائل الاستثناء .

وبالجملة قبول الخصوص مع صدور اللفظ عاماً من الزوج في هذا^(٢) الحكم غلطٌ عندنا صريح ، وإنما صار إلى هذا من صار ؛ من ظنه أن تخصيص العموم سائغ مطلقاً ، وليس كذلك ؛ فمن قال : نسائي لم يحمل هذا إلا على جميعهن ، ولا يجوز تقدير التخصيص في هذا المقام ، ومن أحاط بمسالك كلامنا في الأصول ، لم يخف عليه ذلك هذا ، ولا مطمع في دركه^(٣) هاهنا . ثم [من]^(٤) أخذ من ظاهر / كلام ١٥٦ ي الأصوليين أن العموم يخص ، وجب معه مطالبة المخصّص بالدليل ، فكان يجب أن يحمل هذا على طلب قرينة مُصدّقة .

فهذا منتهى القول في الفصل .

٨٩٧٢- وقد ضري أئمة المذهب بحكاية شيء عن بعض المعبرين في هذه المسألة^(٥) : قيل : إن رجلاً من أئمة المذهب بـ (طَبَسَ)^(٦) كان يستقري^(٧) إلا أن

(١) غير مقروءة في الأصل .

(٢) ت ٦ : في ظاهر الحكم .

(٣) ت ٦ : ولا مطمع في تقرير ذلك هاهنا .

(٤) سقطت من الأصل .

(٥) المسألة : المراد مسألة الإمام الشافعي ، التي دار عليها الفصل ، وهي قوله رضي الله عنه : « ولو قالت له : طلقني ، فقال : كل امرأة لي طالق ، طلقت امرأته التي سألت ، إلا أن يكون عزلها بنيته » .

(٦) طَبَسَ : مدينة في برية بين نيسابور وأصبهان وكرمان (معجم البلدان) .

(٧) يستقري : أي يطلب ممن يقرأ عليه أن يقرأ عليه عبارة الشافعي المشار إليها آنفاً هكذا : إلا أن يكون عزلها .

يكون عزلها (بثنيته) ، والثنية هي الاستثناء ، وكان يرى أن السائلة تُطلق إلا أن تُستثنى لفظاً .

وهذا الذي ذكره كلام منعكس عليه ؛ فإنه نسب الأصحاب إلى التصحيف ، والتصحيف مع اعتدال الحروف قد يقع سيّما إذا قرب المعنى ، فأما الغلط في الهجاء فمما يوتخ به صبيان المكاتب ، وقول القائل : (بثنيته) خمسة أحرف سوى الضمير ، وقوله بنيته أربعة أحرف ، فلا حاصل لما [جاء]^(١) به ، وليس كل ما يهجن في النفس يُذكر .

٨٩٧٣- وقد جرى في هذا الفصل ما ينتظم أصلاً ، وشرطنا أن نذكر في كل فصل ما يليق به ، ثم نذكر - إن شاء الله عز وجل - في آخر الكتاب فصلاً ضابطاً ، يقع جمعاً للجوامع وربطاً للأصول اللفظية .

فما انتظم في هذه المسألة أن تخصيص العموم إذا جرى في الضمير ، امتنع معه وقوع الطلاق باطناً ، وهل يقبل ذلك ظاهراً إذا اقترن باللفظ قرينة كسؤال السائلة في ش ١٥٦ لفظ الكتاب^(٢) ، ففيه التردد الذي ذكرناه للأصحاب ، وإن لم تكن قرينة ، فادّعى الالفاظ باللفظ العام التخصيص ، فقد ذكر القاضي في قبول ذلك وجهين ، وأسلوب كلامه أن الطلاق صريح في حكم النص ، فلا يقبل في الظاهر ما يخالفه ، والعام ظاهر في وضع الشرع ليس بنص ، فهل يُقبل من الالفاظ به تخصيصه ؟ فعلى التردد الذي ذكرناه .

وإذا أطلق الزوج كناية ولم ينو شيئاً ، لم يقع شيء ، فالألفاظ إذاً في طريقه : نص : لا يُقبل في الظاهر ما يخالفه .

[وظاهر]^(٣) : لو أطلق ، نفذ كاللفظ العام ، وإذا ادّعى مُطلقه تخصيصه ، ففي قبوله وجهان .

(١) سقطت من الأصل .

(٢) الكتاب : المراد به هنا المختصر .

(٣) في الأصل : فظاهر .

وكناية لا يسمّى لفظاً ظاهراً في اقتضاء الطلاق ، فلا يُعْمَلُ مطلقه .
وهذا ترتيب حسن ، ولكن العموم في المقام الذي ذكره في حكم النص عند
المحققين ، كما نبهنا عليه .
وسنعود إليه في مسائل الطلاق ، إن شاء الله تعالى^(١) .

* * *

(١) جاء هنا في نسخة الأصل (ت ٣٢٨/٢) ما نصه :
تم الجزء الثالث والعشرين من كتاب نهاية المطلب يتلوه - إن شاء الله تعالى -
في الجزء الرابع والعشرين
باب ما يقع به الطلاق من الكلام وما لا يقع
والحمد لله رب العالمين وصلواته على سيدنا محمد خاتم النبيين وسلم .

باب ما يقع من الطلاق وما لا يقع^(١)

قال الشافعي : « ذكر الله الطلاق في كتابه بثلاثة أسماء . . . إلى آخره »^(٢) .

٨٩٧٤- هذا الفصل مشتمل على بيان صرائح الطلاق وكناياته ، فنقول : الألفاظ التي تستعمل في الطلاق تنقسم إلى الصريح والكناية ، فالصريح ما يعمل من غير افتقار إلى النية ، وهو مُنحصر في ثلاثة ألفاظ : الطلاق ، والفراق ، والسراح ، وأخذ الشافعي الصرائح من التكرار في ألفاظ الكتاب ، قال الله : ﴿ فَارْقُوهُنَّ ﴾ [الطلاق : ٢] وقال : ﴿ سَرِّحُوهُنَّ ﴾ [البقرة : ٢٣١] وقال : ﴿ أَوْ تَصْرِيحُ بِإِحْسَنٍ ﴾ [البقرة : ٢٢٩] وتكرر لفظ الطلاق في الكتاب ظاهرٌ ، وأشهر هذه الألفاظ وأظهرها الطلاق ، فهذا الذي جرى في الجاهلية والإسلام ، وأطبق عليه معظم طبقات الخلق ، ولم يختلف في كونه صريحاً العلماء ، ومذهب أبي حنيفة^(٣) أن الصريح هو الطلاق لا غير ، وقد حكى العراقيون قولاً قديماً للشافعي موافقاً لمذهب أبي حنيفة في أن الصريح لفظ الطلاق لا غير ، والفراق والسراح ملتحقان بأقسام الكنايات .

ثم الألفاظ الصادرة عن الطلاق صرائح : جرت أسماء ، أو أفعالاً ، فإذا قال : أنت طالق ، أو طلقتك ، أو أنت مطلقة ، وقع الطلاق .

وإذا جرينا على الأصح ، وقضينا بأن الفراق والسراح صريحان ، فلو قال : فارقتك أو سرحتك ، فالذي جاء به صريحٌ .

ولو قال : أنت مفارقة أو مسرحة ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أن اللفظ صريح ، كما لو قال : أنت مطلقة .

(١) نبدأ من هنا العمل على نسخة وحيدة ، لا وجود لغيرها ، ومن الله وحده نستمد العون ، وهي نسخة (ت ٦) من الورقة ٢٦ شمال .

(٢) ر . المختصر : ٧٢/٤ ، ٧٣ .

(٣) ر . المبسوط : ٧٧/٦ ، البدائع : ١٠٦/٣ .

والثاني - أن اللفظ كناية ؛ فإن الفراق والسراح [ما]^(١) ظهرا وما اشتهرا اشتهار الطلاق ، ومعتمد الشافعي في إلحاقهما بالصريح جريانهما في الكتاب ، ثم لم يجز ذكرهما إلا على صيغ [الأفعال]^(٢) ، فأما المفارقة والمسرحة ، فلا ذكر لهما ، والمطلقة المذكورة في القرآن مع شيوع لفظ الطلاق .

ولو قال لامرأته : أنت الطلاق ، فقد اختلف أصحابنا : فمنهم من قال : إنه ليس بصريح ؛ فإنه غير معتاد ، وليس جارياً على قياس اللسان ، أيضاً ، وكان كالمعدول عن الوضع والعرف .

ومن أصحابنا من قال : إنه صريح ، لأن لفظ الطلاق ، لا يطلق - كيف فرض الأمر - إلا على قصد الفراق ، فإن جرى لفظ على خلاف ما يعرف ويؤلف ، فالاعتبار بأصل الكلمة .

ولو قال لامرأته : أطلقتك ، أو أنت مُطلقة ، واستعمل صيغة الفعل أو الاسم ، من الإطلاق ، فهذا لم يتعرض له الأصحاب ، وفيه تردد بين / ؛ فإن الإطلاق شائع في ٢٧ ي حلّ الوثائق وإطلاق الدواب عن رباطها ، وإطلاق الأسرى والمحبوسين ، وإخراج اللفظ عن كونه صريحاً أقرب وأظهر عندنا في هذا منه إذا قال : أنت الطلاق ؛ فإن الطلاق لا معنى له في الاستعمال إلا الفراق ، بخلافه .

ومن أسرار الصرائح أن يظهر اللفظ على غرض ، [ويعد استعماله في غيره نادراً]^(٣) وإذا كان الاستعمال في غير جهة الطلب شائعاً ، أشعر هذا بالخروج عن الصرائح في الجهة المطلوبة ، على ما سنذكر التحقيق في آخر الفصل ، عند نجاز المنقولات .

(١) في الأصل : لما .

(٢) في الأصل : صيغ الألفاظ . وهو تصحيف . سوّغ لنا تغييره وتصحيحه سياق الكلام وفجواه ، ثم أكد ذلك قول العز بن عبد السلام : « والصريح هو الطلاق والسراح والفراق ، وكذلك الأسماء والأفعال المأخوذة من الطلاق ، كقوله : طلقتك ، أو أنت مطلقة ، وكذا الفعل من السراح والفراق ، وفي الاسم كقوله : أنت مسرحة أو مفارقة وجهان » (الغاية في اختصار النهاية : جزء ٣ ورقة ١٣٥ يمين) .

(٣) في الأصل : « ويعد استعماله وغيره قادراً » وهو تصحيف واضح . والمثبت تقدير من المحقق .

٨٩٧٥- ومما يتعلق بذلك أن الأصحاب قالوا : معنى الطلاق بالعجمية صريح ، وزعموا أن معناه : « توهشته اي » . وحكى بعض المصنفين^(١) عن الإصطخري أنه لا صريح بغير لسان العرب ، وهذا غريب لا أصل له^(٢) ، وإنما اشتهر الخلاف عن الإصطخري في النكاح ، كما قدمنا ذكره في الألفاظ المشتملة على ألفاظ النكاح .

ثم كان شيخني أبو محمد يقول : كل لفظة معدودة من الصرائح في العربية إذا ذكر معناها الخاص بلسان آخر ، فهو صريح ؛ فمعنى قول القائل : أنت طالق « توهشته اي » ومعنى قوله : طلقتك « دشت بازداشتم » ، ومعنى فارقتك : « از تو جُدا کَرَدَم » ومعنى سرحتك : « تراکسپل کردم » .

وقال القاضي : الصريح من هذه الألفاظ « توهشته اي » ، فأما قوله : « دست باز داشتتم » فليس بصريح .

وهذا غير سديد ؛ فإن قول القائل : « دشت بازداشتم » هو تفسير قوله طلقتك ، وإذا كان قوله : « توهشته اي » صريحاً ؛ من حيث إنه معنى قوله : « أنت طالق » فقوله : « دشت بازداشتم » هو معنى قول القائل : « طلقتك » فلا معنى لإبداء المراء في هذا . أما معنى فارقتك وسرحتك ، فالظاهر أنه ليس بصريح ؛ فإننا في المفارقة والتسريح على تردد ، كما نبهنا عليه . وإذا اختلف الأصحاب في المفارقة والمسرح مع اتحاد اللغة ، فهذا في معنى المفارقة والتسريح أظهر .

فهذا ما رأينا نقله ، ولا بد الآن من الكلام في مأخذ الصرائح .

٨٩٧٦- الذي يقتضيه الفقه أن الصريح إذا لم يتعلق به توقيف وتعبد ، يؤخذ من الشيوخ ، ومحاولة أهل العرف حصر اللفظ في مقصود ، فإذا اجتمع هذان المعنيان ، ترتب عليهما ابتدار المعنى إلى الأفهام ؛ فإن التردد ينبت من إشكال اللفظ في نفسه ،

(١) بعض المصنفين : المراد به أبو القاسم الفوراني كما أشرنا مراراً من قبل ، والتعبير عنه بهذا الأسلوب دائماً ، هو نوع من الحط عليه ، على حد تعبير ابن خلكان .

(٢) يضعف الإمام الفوراني في هذا النقل عن الإصطخري ، ويصفه بالغرابة ، وهذا ما قاله السبكي ، وأشرنا إليه من قبل .

ومن جريانه في معانٍ ، فإذا ظهر لفظٌ على إرادة معنى واحد ، فهو يُفهمه ويُعلمه ، وحكمنا في مساق الفقه أن من صدر منه لفظ يتندر فهمُ الناس معناه ، فإذا زعم أنه أراد خلاف ما تتبدره الأفهام ، كان ما أضمره خلاف ما أظهره ، وعند ذلك تترتب مسائل التّدين ؛ فإنّ ما يُدَيّن المرء فيه يتعلق بمقتضى اللفظ ، ولكنه خلاف ما يظهر منه ، ويندر من ذي الجَدّ أن يطلقه على خلاف معناه المستفيض إلا أن يريد إلغازاً أو تعقيداً ، ثم حُكِمنا أنا لا نقبل في الظاهر خلاف الظاهر ، ولا نصدّق من يبدي إضماراً على خلاف ما أظهره ، لهذا معنى الصريح .

وقد ثبت في النكاح تعبد قرناه في بابه ، فلا ينبغي أن يكون على ذلك / الباب ٢٧ ش التفات .

وقد أطبق الفقهاء قاطبة على أن المعتبر في الأقارير والمعاملات إشاعة الألفاظ وما يفهم منها في العرف المطرد ، والعبارة عن العقود تُعنى لمعانيها ، وألفاظ الطلاق عبارات عن مقاصد ، فكانت بمثابة ، وموجب هذه الطريقة أن لفظة أخرى لو شاعت في قُطرٍ وقومٍ شيوع الطلاق - كما قدمنا معنى الشيوع - فهو صريح ، وعلى هذا الأصل قول القائل لامرأته : أنت عليّ حرام ، أو حلال الله عليّ حرام ، ملتحق في قُطربا وعصرنا بالصرائح .

٨٩٧٧- وذهب ذاهبون من الأصحاب إلى أنا لا نزيد على الألفاظ الثلاثة : الطلاق ، والفراق ، والسراح . ولا نظر إلى الظهور والشيوع ، وهذا القائل اعتقد أن مأخذ الصرائح يتعلق بالتعبدات والتلقّي من لفظ الكتاب وتوقيف الشارع ، وقد يعتضد في ذلك بالحق الشافعي الفراق والسراح بالصرائح ، [وليست أكثر اختصاصاً]^(١) من

(١) عبارة الأصل : « وليس أنا اختصاص من البين . . . » وواضح أن فيها خللاً لا ندري سببه ، أهو تصحيف وتحريف أم خرم ، أم هما معاً .

والصواب الذي لا يحتمل السياق غيره ، يؤديه - إن شاء الله - هذا الميث بين المعقنين ، تصرفاً من المحقق ، فالمعنى أن الشافعي رضي الله عنه ألحق الفراق والسراح بصريح لفظ الطلاق ، مع أن البائن والبنة ، والبتلة ، والخلية ليست أقل اختصاصاً بالطلاق - في لسان العرب - من الفراق والسراح ، فدل ذلك على أن مأخذ الصرائح التلقّي من لفظ القرآن ، وتوقيف الشارع .

البائن ، والبتة^(١) ، والبئلة^(٢) ، والخليّة ، في لسان العرب فإذا خصّصها الشافعي بالإلحاق وبالصرائح ، أشعر هذا برجوعه إلى مورد الشرع .

وهذا يتطرق إليه نوعان من النظر : أحدهما - أنا لا نُبعد شيوع الفراق والسراح في العرب في بلادها ، وهذا فيه بعض النظر ، فإن الشافعي تعلق بالقرآن . والوجه الآخر من النظر - أنه ليس في إلحاق الفراق والسراح بالصرائح ما ينفي التعلق بالإشاعة ؛ إذ لا يمتنع أن يقول القائل : للصرائح مأخذان : أحدهما - الجريان في ألفاظ الشرع . والثاني - الشيوع في الاستعمال ، كما سبق تفسيره .

وفي [النفس]^(٣) شيء من الفراق والسراح ؛ فإنه لم يظهر لنا من الخطاب قصد بيان لفظ التسريح والمفارقة ، ولكن جرى معنى ترك النسوة وحل ربة النكاح في مقابلة ذكر الإمساك ، فإنه قال : ﴿ فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَنٍ ﴾ [البقرة : ٢٢٩] ففهم المخاطبون أن الزوج مأمور بأن يمسك المرأة أو يخلّي سبيلها ، فالغرض الذي سيق الخطاب له ترديد الزوج بين هذين المقصودين ، وليس من الغرض الظاهر أن يقول لها : سرحتك ، وهو بمثابة قول القائل : أكرم هذا السائل ، أو سرحه . ليس المراد بهذا : قُلْ له : انسرح . وكذلك القول في فارقوهن . وأما الطلاق ، فقد اشتملت الآي على الاعتناء بألفاظها وعددها ، ويقوى على هذا المسلك القول القديم الموافق لمذهب أبي حنيفة في حصر الصريح في لفظ الطلاق .

وتحصّل من مجموع ما ذكرناه تردّد الأصحاب في مأخذ الصريح ، كما أوضحناه .

٨٩٧٨- وحكى القاضي عن شيخه القفال أنه كان يقول في لفظ التحريم : إذا قال الرجل : حلال الله عليّ حرام ، ونوى طعاماً صدّق ، وإن أطلقه وكان أنساً بالفقه عالماً

(١) البتة : من البت والقطع ، فقوله لامراته : أنت بتة أي مقطوعة ، وبتّ طلاق امرأته أي طلقها طلاقاً لا رجعة فيه (المعجم والمصباح) .

(٢) البئلة : من البئل وهو القطع : بئله بتلاً : قطعه ، ويمين بئلة : قاطعة ، وصدقة بئلة : منقطعة عن صاحبها خالصة لوجه الله . (المعجم) ، فالمعنى هنا « أنت بتلة » أي مقطوعة العقد والصلة .

(٣) في الأصل : « التفسير » وهو تصحيف واضح .

بأن الكناية لا تعمل إلا مع النية ، فإذا أطلق اللفظ ولم ينو ، لم يقع الطلاق ، فإن كان [عامياً]^(١) ، سألناه عما سبق إلى فهمه من إطلاق عامي آخر لهذه الكلمة ، فإن زعم أنه يسبق إلى فهمه الطلاق / قيل له : لفظك محمول على فهمك لو كان الالفاظ غيرك . ٢٨ ي وهذا توسط بين الصريح والكناية وضرب من التحكم .

٨٩٧٩- ونحن نبدي في هذا أصلاً ضابطاً ونقول : اللفظ الصريح المتفق عليه الشائع في طبقات الخلق هو الطلاق ، فحكمه أن يعمل مطلقاً ممن صدر منه ، ومن أبدى فيما زعم عقداً ونية بخلاف موجب اللفظ ، التحق بباب التدين . هذا قسم .

ويعارضه الكناية التي سنصفها ، وهي لفظة محتملة غير شائعة في الطلاق ، فسييل هذا القسم ألا يعمل اللفظ إلا مع النية ، ومطلقه لاغ ، والرجوع إلى قصد المطلق . ويتخلل بين الصريح الذي قدمناه وبين الكناية قسم ثالث يعمل مطلقه عند الأصحاب من غير نية ، فإذا زعم صاحب اللفظ أنه قصد خلاف الظاهر ، فقد يقبل ذلك منه ظاهراً ، ويكون في قبوله خلاف .

وبيان ذلك بالمثل أن الرجل إذا قال لامرأته : أنت طالق أحسن الطلاق ، فمطلق هذا محمول على الطلاق الشني ، وإن لم ينو الزوج الطلاق الشني ، ولو زعم أنه أراد بالأحسن تعجيل الطلاق في زمن الحيض ، فهو مقبول منه ، فهذا يحمل مطلقه على محمل ، ويجوز العدول عنه بالقصد . وسيأتي لهذا نظائر .

ثم تنقسم المسائل : فقد يتفق الأصحاب على إعمال اللفظ على جهة عند الإطلاق ، ويختلفون في أن تلك الجهة هل تتغير بالقصد المخالف لها ، وقد يتفق الأصحاب على إعمال القصد على وجه ويختلفون في الإطلاق ، وهو مثل قول القائل : أنت طالق طالق طالق ، فلو زعم أنه أراد التأكيد ، قبل منه ، ولم يقع إلا طلاقة واحدة ، ولو قال : لم أقصد التأكيد ، ولكن أطلقت هذه الألفاظ ، ففي المسألة قولان : أحدهما - أنا نحكم بوقوع الثلاث إذا كانت المرأة مدخولاً بها .

(١) في الأصل : عاماً .

والقول الثاني - أنه لا يقع إلا واحدة .

ولكل أصلٍ من هذه الأصول ضابطٌ سيأتي مشروحاً - إن شاء الله - وإنما ذكرنا هذا المقدارَ لغرضٍ ، فنقول : الطلاق لا يصرفه عن معناه إلا هازل ، أو منفردٌ بقصد الغازر ، ولفظ التحريم قد يجرى استعماله مصروفاً عن قصد الطلاق ، فإذا أُطلق ، فهو شائع في قصد الطلاق ، فينقذح [فيما]^(١) هذا سبيله أن يصدق في الظاهر من زعم أنه نوى غير الطلاق . وإن قال : لم أنو شيئاً ، انقذح فيه الحمل على موجب الألفاظ .

وانتظم من هذا أن ما استمرت الاستفاضة فيه كلفظ الطلاق ، فلا معدل عنه إلا على حكم التدينين ، وما شاع شيوعاً بيناً ، ولكن قد يعتاد بعض الناس استعماله على قصدٍ آخر ، فما كان كذلك ، وهو زائد على الألفاظ الثلاثة ، فهو محلّ تردد الأصحاب : فمنهم من لم يلحقه بالصرائح ، ولم يُعمل مطلقه ، ومنهم من ألحقه بالصرائح ، وجعله كلفظ الطلاق . ومنهم من فصل بين أن يقصد غير الطلاق ، وبين أن يُطلقه ، كما حكيناه عن القفال رضي الله عنه ، ثم على رأيه إن صار لفظ التحريم في الشيوخ كالطلاق ، التحق بالطلاق ، فهذا وجه في الصرائح .

ش ٢٨ ٨٩٨٠ - فأما/ الكنايات فقد وصفناها ومن ضرورتها أن تكون مشعرة بمعنى الطلاق ، ولكن لا تكون شائعة على التفسير المقدم ، فما كان كذلك ، افتقر إلى النية ولغا مطلقه ، وهذا كالخلية^(٢) ، والبرية^(٣) ، والبائنة^(٤) ، وما يشبهها وقد قسمها الأصحاب إلى الجلية وإلى الخفية ، فالجلية منها ما ظهر معناها ، وقد يجري

(١) في الأصل : فيها .

(٢) الخلية : أصلها مأخوذ من ناقة خلية ، أي مطلقة بغير عقل ، ترعى حيث شاءت . ثم قيلت في طلاق المرأة (المصباح) وفي غريب ألفاظ الشافعي : معناها أنها خلت منه وخلا منها ، فهي فعيلة بمعنى فاعلة . (فقرة : ٧١٧) من الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي .

(٣) البرية : مسهلة الهمزة : « أي برئت منه وبريء منها » . قاله الأزهرى (ر . الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي : فقرة : ٧١٨) .

(٤) البائنة : الأفضح البائن ، وهي من بان الشيء إذا فصله وقطعه ، فهو بائن ، ومنه : بان صاحبه إذا فارقه وهجره (المعجم) و (الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي) .

استعمالها جريئاً ينحط عن الاستفاضة والحصر في معنى الطلاق ، وما ذكرناه من الألفاظ من الجليات ومنها : الخلية ، والبرية .

والخفية كقول القائل لامرأته : اعتدي ، واستبرئي رحمك ، والحقي بأهلك ، وحبلك على غاربك ، ولا أندّه سربك^(١) ، واغربي ، واذهي ، وتجري وتجردي ، وما في معناها ، مما يشتمل على تقدير أو استعارة . والتقدير في مثل قولك : اعتدي : معناه طلقت ، فاعتدي ، والاستعارة في مثل قولك : تجري ، أي معناه : تجري مرارة الفراق ، وكذلك حبلك على غاربك ، وما في معناه .

وإذا ذكر لفظة ليس فيها إشعاراً بمعنى الطلاق ، وزعم أنه نوى الطلاق ، لم يقع شيء ؛ لأن اللفظ غير مشعر ، والنية المجردة لا تتضمن وقوع الطلاق ، وقد يتردد الأصحاب في بعض الألفاظ ، فإذا قال لها : كلي ، أو تنعمي ، فهذه الألفاظ لا إشعار فيها ، ولو قدر مقدر فيها معنى الطلاق على بُعد ، عد ذلك من التعقيد الذي لا يتعلق بأصناف البيان ، ودرجات الألفاظ المستعملة في المقاصد .

ولو قال : اشربي ، فالظاهر أنه لا يقع الطلاق وإن نواه . ومن أصحابنا من قضى بوقوع الطلاق حملاً على تقدير : اشربي كأس الفراق ، وهذا بعيد .

فهذا بيان مراتب الألفاظ في عقد الباب .

ولو قال لامرأته : لست لي بزوجة ، فهذا إقرار صريح بنفي الزوجية ، كما سنفضله في فروع الطلاق . ولو قصد به إنشاء الطلاق ، فالمذهب أنه يقع ، لإشعار اللفظ بذلك .

ومن أصحابنا من قال : لا يقع الطلاق ؛ فإن اللفظ صريح في الإقرار والإخبار ، وهذا ليس بشيء .

(١) في الأصل : ولا أندره سربك ، والتصويب من الشرح الكبير والروضة .

ومعنى لا أندّه سربك : أي لا أزجر إيلك ، من نده الرجل : صات ، ونده البعير ونحوه : زجره وطرده عن أي شيء بالصباح ، وكان من طلافهم من الجاهلية أن يقول الرجل : « اذهبي فلا أندّه سربك » (المعجم . وفي الزاهر : « لا أندّه سربك ، أي لا أرعى إيلك ولا أردّها عن مرعى تريده ، لأنك لست لي بزوجة ، فاذهي مع مالك حيث شئت » .

٨٩٨١- فإذا تبين أن الكنايات لا تعمل بأنفسها ، فمذهب الشافعي أنها لا تعمل مع القرائن أيضاً من غير نية ، والرجوع في النية إلى الزوج ، فإذا سألت الطلاق ، فقال : « أنت بائن » ، وظهر من مخايله أنه قصد إسعافها ، فلا تعويل على ذلك عند الشافعي ، وإذا قال : لم أقصد الطلاق ، فالقول قوله مع يمينه ، وكذلك الكلام فيه إذا أجرى الزوج بعض هذه الألفاظ في حالة الغضب ، وقد ظهرت على مخايله التبرم بالمرأة ، ومحاولة الخلاص منها ، فالرجوع مع ذلك كله إلى نيته .
وخالف أبو حنيفة^(١) على تفصيل له في الألفاظ ، فأعمل قرائن الأحوال ، وقرينة السؤال .

فإن قال قائل : قد ذكرتم في مأخذ الأصول^(٢) أن قرائن الأحوال تثير العلوم الضرورية ، فإذا اقترنت تلك القرائن بألفاظ الزوج ، فكيف ترون الرجوع إلى نية الزوج ، وقد علمتم قصده بقرائن الحال ؟ قلنا : لا ينتهي الأمر في قرائن الأحوال في مأخذ الفقه إلى هذا المنتهى ، وهي متفاوتة جداً ، وليس من قواعد الفقه فتح أمثال هذه الأبواب ؛ فإن مُدرك قرائن الأحوال في القصود عسرٌ جداً ، فحسبنا هذا الباب حسماً .

وقد تُعتمد القرائن في تحمل الشهادات مع ابتناء أمرها على طلب التحقيق ، فالذي يشاهد صبيّاً يمتص ثدياً فيه لبنٌ قد يشهد على ارتضاعه ، ولا تعويل على القرائن فيما نحن فيه ، وسبب ذلك أن الصبي لا تردد فيه إذا كان يمتص ثدياً فيه لبن ، ومخاطب زوجته لا ينتهي إلى منتهى يحكم على قصده قطعاً ، وقد يشهد بذلك اختياره كناية مع إمكان التلفظ الصريح . فهذا ما يجب التنبيه فيه .

٨٩٨٢- ثم إذا بان أن النية لا بد منها ، فلو قدّم النية ، ولما تلفظ ، لم يكن ناوياً مع اللفظ ، لم يقع شيء ؛ فإن النية منقطعة عن اللفظ ، واللفظ متأخر عن النية ، ولو قدّم اللفظ ، ثم نوى ، فالجواب كذلك .

(١) ر . البدائع : ١٠٦/٣ ، تبين الحقائق : ٢١٥/٢ .

(٢) ر . البرهان في أصول الفقه : ١/فقرة : ٥٠٣ .

ولو استفتح النية مع اللفظ وتمت نيته ، وبقي من لفظه شيء ، فظاهر المذهب وقوع الطلاق . ومن أصحابنا من قضى بأنه لا يقع .

ولو استفتح اللفظ عرياً عن قصد الطلاق ، ثم أتى بالنية في أثناء اللفظ ، وانطبق آخر النية على انتجاز اللفظ ، ففي المسألة وجهان مشهوران : أحدهما - أن الطلاق يقع ؛ نظراً إلى وقت انتجاز اللفظ . والثاني - أن الطلاق لا يقع ؛ لأنه لم ينشأ اللفظ على قصد الطلاق ، فقد مضى صدره منه عرياً عن قصد الطلاق ، وباقي اللفظ لا يستقل بنفسه فتجردت النية عن اللفظ .

ولو فرضنا إنشاء النية واللفظ ، ثم انتجز اللفظ وما تمت النية بعد ، لم يقع الطلاق .

وقد ذكرنا أمثال هذه الصور في نية الصلاة مع تكبيرة الإحرام ، وبين الأصلين فرق يتنبه له الفقيه ، وهو أن نية الصلاة ليست قصداً إلى معنى التكبير ، ونية الطلاق قصدٌ مختص بمعنى اللفظ واللفظ دونه لا يستقل ، والنية وتكبيرة الإحرام ركنان في الصلاة [وليست^(١)] النية قصداً إلى خاص معنى التكبير . ثم سرُّ النية القصد ، والقصد لا يطول ، [وقد^(٢)] يفرض فيه تردد إلى التجرد ، ومن كان هذا على ذكره استغنى عن كثير من تطويلات الفقهاء ، ثم القصد خصلة ، فلا يتصور انبساطها ، واللفظ منبسط ، فحق الاقتران أن يُقرن اللفظ القصد بأول اللفظ ، ثم يُديم ذكر القصد لا عينه ، والذكر العلم ، وكذلك الحفظ .

٨٩٨٣- وإذا أطلق الزوج لفظاً في الكناية ، وزعم أنه لم ينو الطلاق ، فالقول قوله ، وللمرأة تحليفه ، فإن حلف ، فذاك ، وإن نكل عن اليمين ، فلها أن تحلف ، فإذا حلفت يمين الرد ، قضى بوقوع الطلاق ، فإن قيل : على ماذا يُحمل يمينها ولا اطلاع لها على قصد الزوج ؟ قلنا : معتمد يمينها قرائن الأحوال والمخايل الدالة على القصد/ ، فلها أن تعتمد أمثال ذلك ، وتبني يمينها عليه ، وسنوضح في ٢٩ ش الدعاوى والبيانات أن الأيمان تعتمد ذلك .

(١) في الأصل : ليست (بدون واو) .

(٢) في الأصل : قد (بدون واو) .

فصل في

قال : « ولو قال : أنت طالق من وثاقٍ . . . إلى آخره »^(١) .

٨٩٨٤- كل ما لو ادعى الزوج القصد فيه ، دُيِّن^(٢) ، ولم يُقبل في الظاهر ، فإذا وصله بلفظٍ حُمِلَ أول اللفظ عليه ، فإذا قال : أنت طالق عن وثاقٍ ، لم نقض بوقوع الطلاق ، بهذا اللفظ ؛ فإن الكلام منتظم ، وأول النطق مربوط بآخره ، وهذا يضاهي أصل الاستثناء ، وحكمنا بتصحيحه ، كما سيأتي ، وكذلك إذا قال : فارقتك إلى المسجد ، أو سرحتك إلى أهلك ، حتى تتزهي وتعودي ، فكل ذلك مقبول .

ومما ذكره الفقهاء أن الرجل إذا أطلق لفظاً صريحةً ونوى ما لا يقبل ، [فهو لا يقبل]^(٣) ظاهراً ، ولكن يُدَيِّن الزوج فيه ، فلو ادعى الزوج شيئاً من هذا ، لم يقبل قوله ، ولو قال لامرأته : أنت تعلمين ذلك مني ، فهو لغو ؛ فإنها وإن صدقته فيما ادعاه ، فالطلاق لا يندفع رعايةً لحق الله تعالى ، فلا مساغ للتحليف في هذا المجال ؛ فإن الغرض من عرض الأيمان أن يرعوي المستحلف أو يقرّ ، [وقد]^(٤) ذكرنا أن إقرار المرأة لا أثر له ، فلا معنى لتحليفها .

فصل في

قال : « ولو قال لها : أنت حرة يريد الطلاق . . . إلى آخره »^(٥) .

٨٩٨٥- غرض الفصل أن لفظ الإعتاق كناية في الطلاق ، ولفظ الطلاق كناية في الإعتاق ، وأبو حنيفة^(٦) يمنع إعمال الطلاق في الإعتاق ، ومعتمد المذهب أن الكناية

(١) ر . المختصر : ٧٣/٤ .

(٢) دُيِّن : أي ملك أمر دينه ، وترك وما يدين الله به بينه وبين نفسه .

(٣) زيادة من المحقق لا ستقامة الكلام .

(٤) في الأصل : قد : بدون واو .

(٥) ر . المختصر : ٧٤/٤ .

(٦) ر . رؤوس المسائل : ٤١٣ مسألة : ٢٨٥ ، إيثار الإنصاف : ١٨٦ .

تتطرق إلى البابين جميعاً ، ومعنى الكناية لفظٌ محتمل مشعرٌ كما قدمناه ، وجملة كنايات الطلاق والعناق مشتركة في البابين .

٨٩٨٦- والذي يستثنى من الإشعار أن الرجل إذا قال لامرأته : « أنت طالق » وزعم أنه نوى ظهاراً ، فالطلاق مشعرٌ بمعنى الظهار ، وإذا قال لها : أنت عليّ كظهر أمي ، ونوى بذلك الطلاق ، فاللفظ مشعرٌ بمعنى الطلاق ، ولا يعمل واحد من اللفظين في مقصود الثاني .

والضابط فيه : أن اللفظ إذا كان صريحاً في بابه ، ووجد نفاذاً ، فلا سبيل إلى رده عن العمل فيما هو صريح فيه ، وإذا كان يعمل لا محالة فيما هو صريح فيه ، فيستحيل أن يكون صريحاً نافذاً في أصله ووضعه ، ويكون كناية منوئة في وجه آخر .

فإن قيل : إن كان يبعد صرف الصريح عن معناه ، فأئني بعد في الجمع^(١) بين المعنيين ؟ قلنا : اللفظة الواحدة إذا كانت تصلح لمعنيين ، فصلاحيها ليس يقتضي اجتماع المعنيين ، وكذلك القول في كل لفظ مشترك سبيل صلاحه للمعاني أن يصلح لكل واحد منهما على البدل ، فأما أن تكون مجتمعة اجتماع المسميات تحت صيغة الجمع ، أو تحت لفظٍ عام ، فلا . فإذا تعين إجراء اللفظ صريحاً ، امتنع إجراؤه في معنى آخر ، فإذا استعمل الطلاق في العناق ، فليس الطلاق صريحاً واجداً محلّه حتى ينفذ ، وكذلك العناق ، إذا استعمل / في الطلاق .

٣٠ ي

٨٩٨٧- ولو قال لعبده : اعتدّ واستبرّ رحمك ، وزعم أنه نوى العتق ، لم ينفذ ؛ فإن هذا اللفظ في حكم المستحيل في حقه ، وقد ذكرنا أن الكنايات لا بد وأن تكون مشعرةً بالمعنى المقصود .

وإذا قال لامرأته التي لم يدخل بها : اعتدي واستبرّتي رحمك ، وزعم أنه نوى الطلاق ، فقد اختلف أصحابنا في المسألة : فمنهم من قال : لا يقع الطلاق ؛ لأنها إذا لم تكن ممسوسة ، فليست من أهل العدة . والأظهر - وقوع الطلاق ؛ فإنها محل العدة على الجملة ، إذا توافت شرائطها ، والإشعار كافٍ ، وهو بيّن .

(١) عبارة الأصل مضطربة : هكذا « فأني بعد في الجمع بين المعنيين » .

ولو قال لأمته : اعتدي واستبرئي رحمك ، فلا [شك]^(١) أنه إذا نوى العتق ، عَتَقَتْ . ولو قال لأمته : أنت عليّ كظهر أمي ، ونوى العتق ، فالظاهر أنها تَعْتِقُ ، وذكر القاضي وجهاً - أنها لا تعتق ؛ فإن هذا اللفظ بعيد عن الإشعار بالعتق . وهذا لا أصل له ، والوجه القطع بوقوع العتق ؛ تعويلاً على الأصول التي مهدناها .

٨٩٨٨- وقد يعترض على مضمون هذا الفصل أن الرجل إذا قال لأمته : أنت علي حرام ، فمطلق هذا صريح في اقتضاء كفارة اليمين ، كما سيأتي التفصيل فيه ، إن شاء الله تعالى ، ثم لو نوى به العتق ، نفذ العتق ، وهذا يَرِدُ على قولنا : الصريح إذا وَجَدَ نفاذاً ، لم يتنقل عنه ، وسأقرّر هذا على وجهه في فصل التحريم ، إن شاء الله تعالى ، وهو بين^(٢) أيدينا .

فَصْلٌ

قال : « ولو قال : أنت طالق واحدةً بائناً . . . إلى آخره »^(٣) .

٨٩٨٩- مضمون هذا الفصل أن البيونة الباتّة لملك النكاح منوطَةٌ عندنا بوقوع الطلاق مع انتفاء العدة^(٤) ، أو بوقوع الطلاق مع العوض ، وإذا فرض استيفاء العدد ، انضم إلى زوال ملك النكاح تحريم عقد النكاح ، حتى يجري التحليل ، فأما وقوع الطلاق مع قيام العدة من غير عوض ، ولا استيفاء عددٍ ؛ فإنه يستعقب سلطان الرجعة لا محالة ، ولو أراد الزوج أن ينفي الرجعة من غير عوض ولا استيفاء عدد ، لم يكن لذلك معنى مع قيام العدة ، وكان كمن يريد تحريم عقد النكاح من غير استيفاء عدد ، وما ذكرناه مكرراً من العدة إشارة إلى شيئين : أحدهما - أن الطلاق إذا لحق التي ليست مدخولاً بها ، فلا عِدَّةَ ، فلا جرم كان الطلاق مُبَيِّناً ، وكذلك إذا صادف الطلاق

(١) في الأصل : فلا ظاهر .

(٢) بين أيدينا : أي أماننا بمعنى أنه سيأتي بعدُ .

(٣) ر . المختصر : ٧٤/٤ .

(٤) انتفاء العدة : أي عدم وجوبها أصلاً ، أو انتهائها وعدم بقائها .

ممسوسة ، وجرت في العدة ، فهي رجعية ، فإذا لم يرتجعها زوجها حتى انقضت العدة ، بانت ، والسبب فيه انتفاء^(١) العدة والرجعة مع بقاء الطلاق .

وأبو حنيفة^(٢) ينفي الرجعة بمسلكين : أحدهما - أن يطلق الزوج ممسوسة من غير عوض ، ويشترط قطع الرجعة ، فالرجعة تنقطع عنده بشرط القطع .

والمسلك الثاني - أن يقع الطلاق بكناية من الكنايات تُشعر بالبينونة ، فإذا نوى الطلاق بها ، كان الطلاق مُبيناً لا محالة ، وإن لم يقصد الزوج قطع الرجعة .

فانتظم من مذهبنا أن الرجعة لا تنقطع بالقطع ، ولا بلفظة ، وإنما تنقطع بالعوض ، وعدم العدة ، واستيفاء العدد .

فَضْلُكَ

٨٩٩٠- المرأة إذا ادّعت على الزوج أصلَ الطلاق ، فأنكره أو ادّعت عليه نية / ٣٠ ش الطلاق ، فدعواها مسموعة واليمين معروضة ، ومردودة^(٣) ، ولو لم تدّع ، فشهد شاهدان حسيبةً على الطلاق ، سُمعت شهادتهما ؛ فإن حق الله تعالى غالب في الطلاق ، وآيةُ غلبته أن الواقع لا ينتفي بتراضي الزوجين .

فلو ادعى واحدٌ من الناس على رجل أنه طلق امرأته ، فهذا ليس بدعوى ، فإن كانت عنده شهادةٌ ، فليقمها من غير دعوى ، والمرأة لو أرادت أن تشهد على طلاق الزوج ، لم تجد إلى ذلك سبيلاً ؛ فإن الحظ يرجع إليها من الخلاص ، ولها مقام الدعوى .

(١) انتفاء العدة والرجعة : يستخدم الإمام هنا « انتفاء العدة » بمعنى عدم بقائها وانتهائها ، وبمعنى عدم وجوبها أصلاً . وذلك واضح تماماً في قوله في أول الفصل : « مضمون هذا الفصل أن البينونة الباتة لملك النكاح منوطة عندنا بوقوع الطلاق مع انتفاء العدة ، أو بوقوع الطلاق مع العوض ... إلخ » .

(٢) ر . المبسوط : ٧٣/٦ ، رؤوس المسائل : ٤٠٠ مسألة ٢٨٣ ، البدائع : ١١٢/٣ ، إيثار الإنصاف : ١٧٠ .

(٣) أي معروضة على الزوج ، ومردودة - عند نكوله - على الزوجة .

ولو طلقها زوجها طلاقاً رجعيّاً ، ثم زعمت المرأة أنه طلقها طلاقاً آخرى ، فإن راجعها ، فلها أن تدعي حينئذٍ ، وإن أرادت أن تدعي وهي جارية في عدة الرجعة ، فظاهر المذهب أن دعواها مسموعة ؛ فإن الرجعية زوجة ، ومن أصحابنا من قال : لا تسمع دعواها ؛ فإنه ليس لها غرض صحيح في الحال ؛ إذ الحيلولة ناجزة ، والرجعة لا تنقطع بالطلقة الثانية . والأصح الأول .

فَصْلٌ

قال : « ولو كتب بطلاقها ، فلا يكون طلاقاً إلا أن ينويه . . . إلى آخره »^(١) .

٨٩٩١- نقول في صدر الفصل : الأخرس يقيم إشارات المَفْهَمة مقام عبارات الناطق ، فيقع بإشارته طلاقه وعتاقه ، ويصح بيعه وشراؤه وسائر عقود ، وحلوله وردوده ، ثم يقع طلاقه بإشارة لها رتبة الصّريح ، ويقع بإشارة ونية لها رتبة الكناية ، وتصح أقاريه ودعاويه ، ولا تطويل ؛ فإشارة الأخرس كعبارة الناطق . ولم يختلف أصحابنا إلا في الشهادة ، فمنهم من صحح شهادة الأخرس ، ومنهم من أباه ، ولعله الأصح .

ومّا يتعلق بتحقيق ذلك أن الأخرس إذا أبلغ في الإشارة ، فالصّريح منها ما يفهم منها الطلاق ، ولا يختص بفهمه أصحاب الفطنة والدرك ، بل يعمّ درك المقصود منه ، فهذا يلحق بإشارته بالصّريح الذي يفهم منه الطلاق على شيوع ، فإن ترددت إشارته ، وكانت صالحةً للطلاق ولغيره ، أو كان يختص بدركه الفطن ، فهذا يلحق بالكناية .

وإذا أبلغ الأخرس في الإشارة ، ثم زعم أنه لم ينو الطلاق ، فالذي يظهر عندي أن هذا يلتحق بالقسم المتوسط بين الصّريح والكناية حتى يتردّد فيه ، [كما لو استعمل اللفظ الشائع في الطلاق ، وقال :^(٢) قصدت غير الطلاق ، وليس كلفظ الطلاق في

(١) ر . المختصر : ٧٥/٤ .

(٢) عبارة الأصل : « حتى يتردّد فيه فتوى قوله قصدت غير الطلاق . . . » وهي غير مستقيمة ، والمثبت تصرف من المحقق على ضوء ما حكاه - بمعناه عن الإمام - كل من الرافعي والنووي ، فعلى سبيل المثال قال الرافعي : « ولو بالغ في الإشارة ، ثم ادّعى أنه لم يرد الطلاق ، قال

حق الناطق^(١) ، فهذا ، غائضٌ فقيه ، فلي تأمله الناظر .

٨٩٩٢- ومما وقع في الوقائع أن الأخرس إذا أشار في الصلاة بالطلاق أو بغيره من العقود [والحلول]^(٢) ، فلا شك أنا نُنفذ منه مقتضى إشاراته ، وإذا [نفذناها]^(٣) ، ففي القضاء ببطلان الصلاة تردّد ، والظاهر أنها لا تبطل ، وقد قدمنا ذكر ذلك فيما تقدّم .

وإذا كتب الأخرس بالطلاق ، نفذ الطلاق [منه]^(٤) ؛ فإن الكِتْبة^(٥) أوقع في البيان من الإشارة ، ولو قدر على الكِتْبة ، فأشار ، نفذت إشارته ؛ فإن الكتابة في مرتبة الإشارة ، فليفهم الناظر هذا ، وإن كانت الكتابة منتظمة والإشارات لا نظم لها .

٨٩٩٣- فإذا ثبتت هذه المقدمات ، استفتحنا بعدها القول في كتابة الناطق ، فنقول : القادر/ على النطق إذا كتب الصّيغة الجازمة بالطلاق ، قال الأئمة : إن كتب ، ٣١ ي وقرأ ، ونوى ، وقع الطلاق .

فإن قيل : إذا قرأ ، فقد صرّح ونطق ، فأَيُّ حاجةٍ إلى النية ؟ قلت : نعم ، هو كذلك ، ولكن القراءة مع النظر في المكتوبات يتأتى حملها على محمل الحكاية ، فيتنزل هذا عندنا - وإن كان اللفظ صريحاً - منزلة ما لو قال : في حالٍ حلّ قيدها : أنت طالق ، ثم زعم أنه أراد تطليقها عن وثاق ، وفيه التردد الذي قدمناه . وإن صرح وقال : إنما أريد أن أحكي ، فهذا كما لو قال : أنت طالق عن وثاق .

= الإمام : هو كما لو فسّر اللفظة الشائعة في الطلاق بغير الطلاق « (ر . الشرح الكبير : ٥٣٦ / ٨) .

(١) المعنى : أن الناطق إذا ذكر لفظ الطلاق صريحاً ، ثم زعم أنه لم ينو الطلاق ، لم يقبل منه ، بخلاف الأخرس إذا أبلغ في الإشارة المفهمة حتى يفهم منها الطلاق جميع الخلق ، ولا يختص بذلك ذوو الفطن ، فهذا ملحق بصريح اللفظ ، ولكنه يختلف عن اللفظ الصريح بأنه لو زعم أنه لم ينو الطلاق التحق عند الإمام بالقسم المتوسط بين الصريح والكنية .

(٢) في الأصل : والحلود . (وهو تصحيف واضح) .

(٣) في الأصل : فإذا نفذ فلها .

(٤) في الأصل : فيه .

(٥) الكتْبة : الكتابة ، تقول : كتب كتابة ، وكتْبة بكسر فسكون ، وكتباً بفتح وسكون ، والاسم

الكتابة ، لأنها صناعة ، كالنجارة والعتارة . (المصباح) .

وإن كتب ولم يقرأ ، ونوى الطلاق ، فقد نص هاهنا [على] ^(١) الوقوع ^(٢) ، ونصّ في الإملاء على أنه إذا كتب بطلاق زوجته ونوى ، لم يقع طلاقه ، وقال في كتاب الرجعة : ولا يكون رجعة إلا بكلام ، كما لا يكون نكاح ولا طلاق إلا بكلام ^(٣) .

فاختلف أصحابنا : فمنهم من قال : في المسألة قولان : أحدهما - أن الطلاق لا يقع ؛ فإن الكاتب قادر على العبارة ، فليعبر عن غرضه ؛ فإن العبارة أصل البيان ، والكتابة فعل .

والقول الثاني - أن الطلاق يقع ؛ فإن الكتابة مما يتفاهم بها العقلاء ، وهي أحد البيانين .

ومن أصحابنا من قال : يقع الطلاق بالكتابة مع النية قولاً واحداً ، وما ذكره في الرجعة قصد به الردّ على أبي حنيفة ^(٤) في مصيره إلى أن الوطء رجعة ، ثم استمر في كلامه كما وصفناه ، ونصّ الإملاء عند هذا القائل محمول على الأخرس ، أو على الغائب ، كما سنبين التفصيل فيه .

ثم فرّع الأئمة الحاضر وجعلوه أولى بأن لا يقع طلاقه بالكتابة ؛ من جهة اقتداره على الإفهام بالنطق والكلام ، والغيب يعسر عليهم المناطقة ، فتصير الكتابة في حقهم بمثابة في حق الأخرس .

والذي تحصّل من كلام الأصحاب طريقان في الحاضر ، وطريقان في الغائب على العكس ، فأما الطريقان في الغائب ، فمن أصحابنا من قطع بوقوع الطلاق ، ومنهم من ذكر قولين .

(١) زيادة من المحقق .

(٢) نص هاهنا على الوقوع : المراد في المختصر ، وهي العبارة التي صدر بها الفصل : « ولو كتب بطلاقها ، فلا يكون طلاقاً إلا أن ينويه » .

(٣) يريد بحكاية هذا الكلام أن يشير إلى القول المخرج من هذه العبارات : « ولا يكون رجعة إلا بكلام ، كما لا يكون نكاح ولا طلاق إلا بكلام » حيث يؤخذ من هذا أنه إذا كتب ونوى ولم يتلفظ لا يقع الطلاق ، فإنه لم يتكلم ولا طلاق إلا بكلام .

(٤) ر . مختصر الطحاوي : ١٩٢ ، المبسوط : ١٩/٦ ، مختصر اختلاف العلماء : ٣٨٨/٢ مسألة : ٨٩٣ ، اللباب : ٥٤/٣ .

[وفي] الحاضر طريقان على العكس : منهم من قطع بأن طلاقه لا يقع بالكتابة ، ومنهم من قال : قولان .

ويتنظم من الغائب والحاضر ثلاثة أقوال .

٨٩٩٤- ثم إذا تمهد الأصل ، فالكلام وراء ذلك في أمور : منها تفصيل القول فيما يتعلق بالكتابة من الأحكام سوى الطلاق ، ومنها ما يكتب عليه ، ومنها اتباع الألفاظ [المثبتة]^(١) في الكتب وبيان صيغتها .

فأما القول فيما يتعلق بالكتابة ، فترتيب المذهب فيه أن الأحكام المتعلقة بالألفاظ تنقسم إلى ما لا يفتقر إلى القبول ، وإلى ما يفتقر إلى القبول ، فأما ما لا يفتقر إلى القبول ، فهو كالطلاق والعناق والإبراء والعفو عن الدّم ، فهذه الأشياء هل تحصل بالكتابة ؟ فيها التفاصيل التي قدمناها في الطلاق ، ثم المذهب المقطوع به أن الكتابة بمجردا ، لا تتضمن وقوع الطلاق ، حتى تنضم إليها النية ، ولا يحصل بها الإبراء والعفو والعق كذلك ، حتى يقترن بها نيات هذه الأشياء ، وحكى الشيخ أبو علي في شرح التلخيص وجهاً غريباً أن صيغة الكتابة إذا كانت صريحاً لو فرض النطق/ بها ، وقع ٣١ من الطلاق من غير نية ، وهذا بعيد ، لم أره لغيره .

٨٩٩٥- والتحق بهذا المنتهى أن الناطق لو أشار إشارة الأخرس ، فهل يقع الطلاق بإشارته ، قال شيخي : كان القفال يُجري إشارة الناطق بمثابة كتابته ، وكان ميله إلى أن الإشارة من الناطق أولى بالإحباط من الكتابة ؛ فإن الكتابة مألوفة من الناطقين على أطراد ، سيما في حالة الغيبة بخلاف الإشارة ، فإنها لا تصدر على قصد الإفهام إلا على ندور ، أو في حالة هزء ، ثم إذا صدر من الناطق - على قولنا بإعمال إشارته - ما لو صدر من الأخرس ، لكان صريحاً ، فكيف سبيلها ؟ الوجه القطع بأنها كناية عن الناطق كالكتابة ، وإن كانت صريحاً من الأخرس .

وكان شيخي يقطع بأن الكتابة صريحٌ من الأخرس . ولي في هذا نظر ؛ فإن كتابة الكاتب ، قد تقع لنظم حروف وامتحان قلم ، ومحاكاة خط ، فإن انضم إلى الكتابة

(١) في الأصل : كلمة غير مقروءة : رسمت هكذا (المنهته) .

قصْدُ الإفْهَامِ بها ، فلا ريب حينئذ في أن الكتابة مع مخايل قصد الإفْهَامِ كالإشارة لو أبلغ فيها . فهذا قولنا فيما لا يفتقر إلى القبول .

٨٩٩٦- فأما ما يفتقر إلى القبول ، فينقسم إلى النكاح وغيره : فأما غير النكاح . كالبيع والإجارة والهبة وما في معناها ، نفرضها^(١) مع الغيبة ، ثم نذكر حكمها مع الحضور :

فأما إذا جرت الكتابة بالبيع في الغيبة ، فمن ضرورة ذلك انقطاع كتابة من يبتدئ عن قبول من يرُدُّ الكتابُ عليه ، فيجتمع في ذلك إقامة الكتابة مقام اللفظ ، وفيه التردد الذي ذكرناه في الطلاق والعناق وما في معناهما مما لا يشترط القبول فيه ، وتأخُرُ^(٢) أحد شقي العقد عن الثاني ، وهذا لا يقتضي تأكيداً في المنع لا محالة ، فينتظم منه ترتيب القولين في البيع على القولين في الطلاق ، والبيع أولى بالمنع .

فإن قيل : ما وجه الجواز ، وقد انفصل أحد الشقين عن الثاني ؟ قلنا : في ذلك وجهان : أحدهما - أن نجعل ورود الكتاب بمثابة افتتاح الإيجاب ، ويتبعه القبول على الاتصال . والوجه الثاني - أن القبول إنما يشترط اتصاله بالإيجاب لأن الموجب أنشأ كلامه على وجه يقتضي جواباً متصلاً ، وإذا كتب الكاتب ، فكتابته تقتضي الموافقة على حسب ما يليق بالعرف في مثل ذلك ، وهذا حسن ، ولكن يلزم على مساقه أن يقال : إذا أوجب في الحضور إيجاباً مقترناً بجواز تأخر القبول ، وجب تجويزه ، ولا صائر إلى هذا إلا أبو حنيفة^(٣) ، فإنه جعل مدة المجلس وإن [طالت فُسْحَةً]^(٤) في ذلك ، ونحن لا نقول به ، فينضم إلى ما ذكرناه مسيس الحاجة في التكاثر ، وهذا لا يتحقق في التخاطب . ويتصل بذلك أنه إذا ورد الكتاب ، فهل يشترط اتصال القبول بالاطلاع على الكتاب أم لا ؟ الوجه القطع باشتراطه على المعنيين ؛ إذ لا حاجة بعد الاطلاع ، وقد جعلنا الاطلاع كإنشاء الإيجاب .

(١) جواب (أما) بدون الفاء . وهذا جارٍ كثيراً في أسلوب الإمام ، وهي لغة كوفية .

(٢) وتأخُرُ : معطوف على كلمة (إقامة) من قوله : فيجتمع في ذلك إقامة الكتابة . . . إلخ .

(٣) ر . المبسوط : ٢١١/٦ ، فتح القدير : ٤١٢/٢ ، البدائع : ١١٤/٣ .

(٤) في الأصل : وإن طالب فسحه في ذلك .

ولو قال الغائب : بعت دارى هذه من فلان ، وأشهد عليه ، فإذا بلغ الخبر مَنْ هو في مقام المشتري ، فهي كالكتابة/ ، بل هذا أولى بالصحة لوجود اللفظ . ٣٢ ي
هذا بيان البيع وما في معناه .

٨٩٩٧- فأما النكاح ، فهو أولاً يترتب على البيع إذا فرض بالكتابة في حالة الغيبة ، فليترتب على البيع ، والفرق ما في النكاح من التعبد والتضييق في العبارات ، ثم يتفرع على النكاح افتقاره إلى الشهادة . فإن صححنا النكاح وقد جرى من الغائب لفظه ، وشهد عليه عدلان ، وشهدا على قبول من يبلغه الخبر ، فقد ثبت ركن الشهادة ، وإن شهد على قول الزوج عدلان ، وشهد على قبول القابل عدلان آخران ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أن النكاح لا ينعقد ؛ لأن واحداً منهم لم يشهد على عقد تام .

ومن أصحابنا من قال : يصح النكاح ؛ لأن العقد لو جُحد أمكن إثباته بهم ، وهو المقصود . وهذا فيه إذا لَفَظَ الموجب والقابل بالإيجاب والقبول . فأما إذا كتب ، ولم يتلفظ ، فالإشهاد على الكتابة ممكن ، ولكن الكتابة كناية ، ولا اطلاع على نية الكاتب ، وإن زعم أنه نوى بعد الكتابة ، فهذا إشهاد على الإقرار ، ولا يقع الاكتفاء بالإشهاد على الإقرار ، فالذي يقتضيه قياس الشافعي القطع بأن هذا لا يصح . ولكن أجرى كثير من الأصحاب القولين في الكتابة في النكاح ، ولعلمهم رأوا هذا محتملاً لضرورة الغيبة ، وهذا بمثابة احتمال انقطاع الإيجاب عن القبول بسبب حاجة الغيبة .
هذا منتهى الكلام في هذه القاعدة .

٨٩٩٨- ويتفرع عليه الكتابة في الحضور ، وقد قدمنا أن الكتابة في الحضور أبعد عن الجواز ؛ لانتفاء حاجة الغيبة ، فإن منعنا ، فلا كلام . وإن جوزنا ، فقد يمكن فرض اتصال الكتابة بالقبول في الشهود والحضور ، فإن كان كذلك ، لم يبق إلا إقامة الكتابة من غير حاجة مقام العبارة . وإن انقطع الإيجاب عن القبول في الشهود والحضور ، فنقطع بالمنع ، وهو بين .

٨٩٩٩- ثم يتفرع على هذه القواعد مسائل سهلة المأخذ ، فإذا كتب إلى إنسان بأنّي وكلتك في بيع مالي وعقبي عبدي ، فهذا يترتب على أنه لو شافهه بهذا هل يفتقر إلى

القبول ؟ فإن قلنا : لا حاجة إلى القبول مع المشافهة ، فالقول في ذلك كالقول في الكتابة في الطلاق والعناق . وإن شرطنا القبول في ذلك ، التحق بالقسم الذي يفتقر إلى الإيجاب والقبول ، وقد ذكرنا حكم الكتابة في هذا القسم .

وهذا نجاز الكلام في حكم الكتابة في هذه الأقسام .

٩٠٠٠- فأما القول فيما يُكتب عليه ، فالكتابة على الرِّق ، والقرطاس ، والألواح ، والنقر في الأحجار والخشب ، كلها بمثابة واحدة . ولو خط على الأرض خطوطاً وأفهم ، فالجواب كما ذكرناه . وإذا فهم الفاهم [ما كتبه]^(١) وبلغه^(٢) ، كان كما لو بلغ كتابه .

ولو رسم الأسطر على الماء أو على الهواء ، فلا حكم لهذه الكتابة ؛ فإن الكتابة حقها أن تقع بياناً ، ولا انتظام لها على الهواء أو الماء . نعم ، لا يمتنع أن يلتحق هذا بالإشارات ؛ فإن هذه الحركات قد يُفهم منها شكل الحروف ، فتتزل منزلة الإشارات المفهمة .

ش ٣٢

٩٠٠١- فأما الكلام في صيغ الكتابة/ ومقتضياتها ، وما يطرأ على الكتب من التغيرات ، فهذا خاصية الفصل وينبسط فيه الكلام بعض الانبساط ، فإذا كان في الكتاب : « أما بعد فأنت طالق » . فإذا وقع الحكم بالكتابة تبين وقوع الطلاق من وقت الكتابة ؛ فإنه لم يعلق الطلاق ببلوغ الكتاب ووصوله ، بل نجّزه ؛ إذ قال : « أما بعد ، فأنت طالق » .

وإذا قال : إذا بلغك كتابي ، فأنت طالق ، فلا يقع الطلاق ما لم يبلغها ، وإذا قال : إذا قرأت كتابي فأنت طالق ، فلا يقع الطلاق بنفس البلوغ ما لم تقرأ أو يُقرأ عليها ، كما سنفصل هذا في آخر الفصل ، إن شاء الله .

(١) في الأصل : فاكتبه .

(٢) وبلغه : المعنى أن واحداً فهم المكتوب في الكتاب ، ثم قام بتبليغه إلى المكتوب إليه ، من غير أن يحمل إليه الكتاب ، فهو يكون كتليمه الكتاب .

٩٠٠٢- وإذا انمحي الكتاب ، فإن بقيت [رقوم]^(١) يفهم منها الغرض ، وقع الطلاق المعلق ببلوغ الكتاب ، وإن انمحي ودرس ، ولم يبق ما يفهم منه مضمون الكتاب ، فالذي قطع به الأصحاب أن الطلاق لا يقع إذا كان معلقاً ببلوغ الكتاب ؛ فإن هذا خرج عن كونه كتاباً بالانمحاء ، والدليل عليه أن الكاتب لو كان كتب : إن بلغك كتابي ، ثم محا بنفسه ، فاتفق بلوغ ذلك القرطاس ، فلا إشكال في أن الطلاق لا يقع ، فإذا انمحي كان كما لو محا الكاتب بنفسه .

وذكر صاحب التقریب وجهاً آخر أن الطلاق يقع ؛ فإن هذا وإن انمحي يسمى كتاباً ، ويقال : « أتاني كتاب فلان » ، وإن انمحي . وهذا الذي ذكره بعيدٌ ؛ فإنه إنما يسمى كتاباً بتأويل أنه كان كتاباً ، ووضوح ذلك مغنى عن بسطه .

٩٠٠٢م- والكلام يتعلق [بعد ذلك]^(٢) بسقوط بعض الكتاب ووصول بعضه ، ونحن نتكلم فيه إذا وصل أسطر الطلاق وسقط غيرها ، ثم نتكلم في سقوط الأسطر التي فيها الطلاق . والتقسيم الجاري في ذلك أن نقول : الكلام في أربع مسائل : إحداها - في سقوط أسطر الطلاق من الكتاب .

والثانية - في سقوط الأسطر التي هي من مقاصد الكتاب ، لكنها غير الطلاق .
والثالثة - في سقوط أسطر فيها التسمية والتصدير ، أو الحمد والصلاة في آخر الكتاب .

والرابعة - في سقوط البياض من طرفي الكتاب أو حواشيه .

فأما إذا سقطت أسطر الطلاق ، وكان في الكتاب : إذا بلغك كتابي ، فأنت طالق ، فحاصل ما ذكره الأصحاب في هذه الصورة ثلاثة أوجه : أحدها - أن الطلاق لا يقع ؛ فإنه علقه ببلوغ الكتاب ، والكتاب عبارة عن مجموعته ، وقد سقط مقصود الكتاب ، فكأن الكتاب لم يصل .

(١) في الأصل : وقوم .

(٢) زيادة من المحقق اقتضاها توضيح الكلام .

والوجه الثاني - أن الطلاق يقع ؛ إذ يقال : وصل الكتاب ، [وإن^(١)] كان سقط منه شيء .

والوجه الثالث - أنه يفصل : فيقال : إن قال : إن جاءك كتابي هذا ، لم يقع ؛ لأن الإشارة تحوي جميع الأجزاء . وإن كتب : إن جاءك كتابي ، ولم يشر ، وقع ؛ لأنه جاءها ما ينطلق عليه اسم الكتاب .

المسألة الثانية - إذا سقط غير الطلاق ، ولكن كان من متضمنات الكتاب ، كعذر مُقَدَّم على الطلاق ، أو ذكر حالٍ منها يتضمن توبيخاً ، وهو معقَّب بالطلاق ، فإذا سقط ما يشتمل على هذه الفنون ، وكانت الأسطر المحتوية على الطلاق باقية ، فتعود الأوجه ، ولكن هذه الصورة/ أولى بوقوع الطلاق ؛ فإنه فصل الطلاق ، وهو الغرض والمنتهى .^{٣٣} ي

المسألة الثالثة - إذا سقط من الكتاب محل التصدير والحمد ، ففيه الخلاف ، والأظهر وقوع الطلاق ؛ فإن الساقط لم يُفْتِ بسقوطه شيء من مقاصد الكتاب ، وإنما سقطت مراسم ليست معنّية .

والمسألة الرابعة - في سقوط البياض ، فالذي قطع به أئمة المذهب أن الطلاق يقع ؛ لأن الكتاب محل الأسطر ، والحواشي متصلة وليست مقصودة أصلاً . وأشار بعض الأصحاب إلى إبداء احتمال في هذا ؛ فإن حواشي الكتاب تُعدُّ من الكتاب ، ويحرم على المحدث مس حواشي المصحف ، كما يحرم عليه مس الأسطر .

وكنتم أحب لو أجرينا في هذه المسائل - أعني المسائل الثلاث الأوّل - الفرق بين أن يبقى معظم الكتاب ، أو يسقط معظمه ؛ فإن للمعظم أثراً ظاهراً في بقاء الاسم .

ولو قال : إذا بلغك طلاقي ، فأنت طالق ، فبلغ الكتاب إلا الأسطر التي فيها ذكر الطلاق ، لم يقع وفاقاً ، وكذلك إذا بلغ تلك الأسطر التي فيها ذكر الطلاق من غير تفصيل . وإذا بنينا على أن الانمحاء يُخرج الكتاب عن كونه كتاباً ، فالانمحاء بمثابة السقوط في البعض .

فهذا تفصيل القول فيما يلحق الكتاب من التغيرات .

٩٠٠٣- وإذا قال : إذا قرأت كتابي ، فأنت طالق ، فلم تقرأ ، ولم يُقرأ عليها ، لم يقع الطلاق ، ولو قال : إذا قرأت كتابي ، فأنت طالق ، فكانت قارئة ، فقرأ عليها ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أن الطلاق لا يقع ؛ فإنها لم تقرأ . والثاني - يقع ؛ لأن هذا يراد به الاطلاع على مضمون الكتاب ، لا صورة القراءة . وهذا يحصل بأن يُقرأ عليها ، كما يحصل بأن تقرأ بنفسها .

ولم يختلف علماؤنا في أنها لو طالعت الكتاب ، وفهمت ما فيه ، ولم تلفظ بكلمة ، وقع الطلاق وإن لم يوجد قراءة ؛ وهذا يؤكد أن قراءة الكتاب محمولة على الاطلاع على ما فيه .

ولو كانت أمية ، فالذي قطع به الأصحاب أن الطلاق يقع إذا قرأ الكتاب عليها ؛ فإن القراءة في حقها محمولة على الاطلاع لا غير .

وأبعد بعض من لا احتفال به ، فجعل تعليق الطلاق بالقراءة في حق الأمية بمثابة تعليق الطلاق على محال ، وهو كما لو قال : إن صعدت السماء ، فأنت طالق ، فالطلاق لا يقع ، لعدم الصعود ، وإن كان محالاً .

وإذا قال لامرأته : إذا رأيت الهلال ، فأنت طالق ، فلم تره ، ورأى غيرها ، فسنذكر أن الطلاق يقع ، وإن كانت الرؤية ممكنة منها ، بخلاف ما لو قال : إذا قرأت كتابي وكانت قارئة ، فلم تقرأ ، وقرأ عليها ، والفرق أن قراءة غيرها ليست قراءتها ، والرؤية قد يراد بها العلم ، قال الله تعالى : ﴿ أَلَمْ تَرَ إِلَى رَبِّكَ كَيْفَ مَدَّ الظِّلَّ ﴾ [الفرقان : ٤٥] معناه : ألم تعلم ربك ، وسيأتي هذا الفرع بما فيه ، إن شاء الله .

ومما فرعه صاحب التقريب : أنه إذا قال : إذا بلغك نصف كتابي ، فأنت طالق ، فبلغها الكتاب كله ، فهل نقضي بوقوع الطلاق ؟ فعلى وجهين : أحدهما - يقع ؛ فإن ٣٣ ش الكتاب يشتمل على نصفين ، ففي بلوغه بلوغ نصفه .

والثاني - لا يقع ؛ فإن النصف في هذا المقام إنما يُطلق لغرض التبعض ، فإذا لم يتحقق التبعض ، لم تتحقق الصفة .

وقد انتهى ما يتعلق بفصل الكتاب ؛ فقهاً ، وإيضاحاً لموجب صيغ الألفاظ .

فصل في

قال : « ولو قال لامرأته : اختاري ، أو أمرك بيدك . . . إلى آخره »^(١) .

٩٠٠٤- مقصود الفصل الكلام فيه إذا فوّض الزوج الطلاق إلى زوجته ، ونحن نقول : تفويض الطلاق إلى أجنبي توكيلٌ على التحقيق ، ثم الأصحاب ربما يفصلون بين التوكيل وبين الأمر كما تقدم استقصاؤه في كتاب الوكالة ، وبيانه أن الرجل إذا قال لصاحب له : وكلتك ببيع عبدي أو إعتاقه ، أو طلاق زوجتي ، فهذا توكيل على الحقيقة .

واختلف الأصحاب في أنه هل يشترط القبول فيه أم لا ؟ كما مضى .

وإن قال : بع عبدي ، من أئمتنا من قال : هذا أمرٌ غيرُ مفتقر إلى القبول وجهاً واحداً ، وإنما المطلوب [عنده]^(٢) الامثال والارتسام فحسب ، ومنهم من قال : هو توكيل على صيغة الأمر ، ويجري فيه الخلاف في القبول ، كما يجري فيه إذا قال : وكلتك .

ثم إن لم نشترط القبول ، لم يتقيد إيقاع المطلوب بزمانٍ إذا لم يكن التوكيل مقيداً بمراعاة زمان ، بل إن امتثل الوكيل أو المأمور على الفور أو بعد زمان ، جاز ونفذ . وإن قضينا بأن القبول لا بدّ منه ، فالاتصال مرعيٌّ في القبول لا محالة ، ثم الكلام في تنفيذ المقصود لا يشترط فيه تعجيلٌ ولا اتصالٌ إذا لم يشترط الأمر والموكل تعجيلاً .

٩٠٠٥- فأما إذا فوّض الزوج الطلاق إلى زوجته ، فقال لها : طلقي نفسك ، فقد اختلف قول الشافعي بأن هذا تمليك ، أو توكيل بالطلاق ، فأحد القولين أنه توكيل ، أو أمرٌ كما قدمته ، والقول الثاني أنه تمليك .

التوجيه : من جعله توكيلاً ، اعتبر المرأة بالأجنبي ، فإن مالك الطلاق الزوج ،

(١) ر . المختصر : ٧٥ .

(٢) في الأصل : عند (بدون هاء الضمير) .

ومن يطلق بأمره مأمور من جهته ، فلا فرق بين أن يتصل الأمر بالزوجة أو بأجنبي .

ومن قال بالقول الثاني ، احتج بأن التفويض إليها يتضمن تمكينها من أن تملك نفسها ، وهذا الأثر يرجع إليها ، ويتصل بها ، فكان قوله طلقي نفسك خارجاً عن محض التوكيل .

التفريع : ٩٠٠٦- إن جعلنا التفويض إليها توكيلاً ، فلا فور عليها ، فإن طلقت على الاتصال نفسها ، فذاك . وإن طلقت نفسها بعد زمان متناول ، وبعد مفارقة ذلك المجلس ، جاز ، وهل يشترط قبولها أم لا ؟ فعلى ما ذكرناه من تردد الأصحاب في أن الأمر هل يفتقر إلى القبول . والمسألة فيه إذا قال لها : طلقي نفسك .

وإن حكمنا بأن التفويض تمليك ، فالجواب يقتضي الفور ، وهو بمثابة قبول العقد مع إيجابه ، فإن خللت زماناً متطاولاً ينقطع بمثله الإيجاب عن القبول ، فلا تملك أن تطلق نفسها بحكم التفويض الأول ، كما لا يملك المخاطب بالإيجاب القبول بعد تطاول الزمان . هذا مسلك الأصحاب/ في التفريع .

٣٤ ي

ومما فرّعه على قول التمليك أن الزوج لو رجع عن تفويضه على الفور قبل أن تطلق نفسها ، انقطع ملكها التطلق ، ولم ينفذ الطلاق إن طلقت نفسها ؛ لأننا إذا جعلناها مملكة [فهي]^(١) بمثابة القابلة للخلع إذا خاطبها الزوج بالإيجاب فيه ، وهذا يقبل الرجوع .

وقال ابن خيران : « إذا فرعنا على قول التمليك ، فليس للزوج الرجوع بعد التفويض ، ولو رجع ، لغا رجوعه ، ونفذ تطليقها نفسها ، على الاتصال » . واعتل بأن قال : كأن الزوج قال لها : إذا تلفظت بتطليق نفسك ، فأنت طالق .

وهذا وجه مردود لا أصل له ، والعجب أن شيخي كان لا يحكي في التفريع على قول التمليك غيره ، وكان يعبر عنه ، ويقول : « هو تمليك مضمّن بتعليق » مشيراً إلى أن الرجوع غير ممكن بتضمّن^(٢) التمليك التعليق .

(١) زيادة من المحقق .

(٢) بتضمن التمليك التعليق : أي بسبب تضمن التمليك التعليق .

هذا نظم المذهب^١.

٩٠٠٧- وسلك القاضي مسلكاً آخر ، فقال : نرسم القولين في أن التفويض تمليك أو توكيل ، ونقول : الأصح [أنه]^(١) تمليك ، وهو المنصوص عليه في معظم الكتب .
والقول الثاني - أنه توكيل ، ولا يُرى للشافعي منصوصاً إلا في الأمالي المتفرقة .
فإن حكمنا بأنه تمليك ، فالفور لا بد منه .

ثم غلط هاهنا بعض أصحابنا ، فقال : يمتد جوابها امتداد المجلس ، كخيار المكان ، وهذا غلط غير معتد به ، وإنما غلط هذا القائل من قول الشافعي « ولا أعلم خلافاً ، أنها إن طلقت نفسها قبل أن يتفرقا من المجلس أو تُحدث قطعاً لذلك أن الطلاق يقع عليها »^(٢) . والشافعي كثيراً ما يطلق المجلس ويريد به مجلس الإيجاب والقبول ، والمعنى رعاية التواصل الزماني ، كما قدّمنا ذكره .

وقد يطلق مثل هذا في الخلع ، ولم يجسر أحدٌ من أصحابنا [على]^(٣) حمل ذلك على المجلس الذي يناط بمنتهاه انقطاع خيار المجلس .

قال^(٤) : وإذا فرعنا على أن هذا توكيل ، فيحتمل أن نقول : تطليقها ينبغي أن يكون على الفور أيضاً ؛ فإن توكيل الزوج المرأة يشعر بتمليكها لفظاً ، والتمليك اللفظي يقتضي جواباً عاجلاً ، ولهذا قلنا : إذا قال لزوجته : « أنت طالق إن شئت » ، اقتضى ذلك فوراً في المشيئة ، بخلاف ما لو قال : أنت طالق إن شاء زيد ، فيتضمن قوله طلّقي نفسك جواباً عاجلاً والتماس تنفيذ أو إعراض ، ثم قال : وهذا إذا قال لها : طلّقي نفسك .

ولو قال : وكلتك أن تطلقي نفسك ، وصرّح بلفظ التوكيل ، قال القاضي : يحتمل أن يقال أيضاً في هذه المسألة : يختص بالمجلس ، كما وصفناه ، وإن صرّح

(١) زيادة من المحقق .

(٢) ر . المختصر : ٧٥ / ٤ ، ٧٦ .

(٣) زيادة من المحقق .

(٤) قال : القائل هو القاضي ، فما زال كلامه مستمراً .

بالتوكيل ؛ لأنه يشوبه شُبهة من التمليك ، فعلى الطرفين يكون جوابها على الفور سواء لَفَظَ بالتوكيل ، أو لم يلفظ به .

وهذا الذي ذكره فقيه حسن ، ولكنه منفرد به من بين الأصحاب .

٩٠٠٨- والمقدار الذي رمز إليه المحققون أنا إن قلنا : هذا توكيل ، فحكمها حكم [الوكيل]^(١) ، وإن قلنا : هذا تمليك ، فهل يصح من الزوج توكيلها أم كل تفويض منه إليها يتضمن تمليكاً ؟ فعلى ترددٍ وخلاف ، وهذا محتمل ، وإيراده على هذا الوجه أمثل .

ولو قال على قول التوكيل : طلقتي نفسك متى شئت ، أو متى ما شئت ، فهذا لا يقتضي فوراً أصلاً ؛ فإن معتمد القاضي مسألة التعليق بالمشيئة . ولو قال : مهما شئت^(٢) شئت / ، فأنت طالق ، فلا فور ، بل مهما شئت ، طلقت ، فإذا كانت المشيئة تقبل ٣٤ش التأخير ، إذا قيّدت بالتأخير ، فليكن الأمر كذلك في التوكيل .

ومما يهيجس في النفس أن من قال : التفويض توكيل ، ولا يقتضي تطبيقاً منها نافذاً في الحال ، فكيف وجه القطع باقتضاء قول الرجل : « أنت طالق إن شئت فوراً » ؟ فإن مسألة المشيئة عندي تتوجه بتمليكها الأمر ، والتمليك مضاهٍ للإيجاب المستعقب للقبول ، وإلا فلا فرق في العربية بين قول القائل لامرأته : أنت طالق إن شئت ، وقوله : أنت طالق إن كلمت زيداً ، والمستعمل في المسألتين أداة الشرط ، وأُمُّ بابه^(٣) ، وحكم الشرط ألا يتخصّص بزمان ، بل يسترسل على الأزمان المبهمة . فليتأمل الناظر هذا فإنه [عويص]^(٤) . وسنعود في الفروع إلى مسألة المشيئة ، إن شاء الله .

وكل ما ذكرناه فيه إذا فوّض الطلاق إليها بلفظٍ صريح ، وطلّقت نفسها بلفظ

صريح .

(١) في الأصل : التوكيل .

(٢) مهما شئت : (مهما) بمعنى (إذا) .

(٣) وأم بابه : المراد (إن) فهي أم باب الشرط .

(٤) في الأصل : عريض ، والمثبت تقدير منا ، على ضوء أسلوب الإمام .

٩٠٠٩- فأما إذا فوّض إليها في ظاهر الأمر بكناية ، فأجابت بكناية ، أو اختلف الجانبان في ذلك ، فالتفصيل فيه إذا قال لها : أمرك بيدك ، أو فوضت أمرك إليك ، أو ملكتك أمرك ، أو قال : اختاري نفسك ، فهذه الألفاظ كنايات منه ، فإذا أجابت بكناية ، فقالت : اخترت نفسي ، أو أبنت نفسي ، فيتعين الرجوع إليهما ، فإن زعما أنهما نويا الطلاق تفويضاً وإيقاعاً ، وقع رجعيّاً إذا كانت بمحل الرجعية .

ولو لم ينو الزوج ، لم يقع وإن نوت ، ولو نوى تفويض الطلاق إليها ولم تنو المرأة إيقاع الطلاق ، لم يقع الطلاق ، فإنها الموقعة المطلقة ، فينقسم لفظها إلى الصريح وإلى الكناية .

وقال أبو حنيفة^(١) : يقع الطلاق ، وإن لم تنو إذا نوى الزوج ، وكأنّ كلام المفوض معادّ في جوابها ، وهذا ساقط لا أصل له . وهذه المسألة مشهورة في أصحاب رسول الله عليه السلام وهي ملتطم خلافهم ، والمسألة مشهورة بالتخيير والاختيار ، فإذا قال الزوج : اختاري ، فقالت : اخترت نفسي ، فقد ذهب عمرُ وابنُ عمرَ وابنُ مسعودٍ وابنُ عباسٍ وعائشةُ إلى أنها لو اختارت نفسها ، وقعت طلاق رجعية ، ولو اختارت زوجها ، لم يقع شيء^(٢) ، وحيث حكموا بالوقوع أرادوا إذا وجدت النية من الجانبين ، وروي عن علي أنها لو اختارت نفسها وقعت طلاقاً بائنة ، وإن اختارت زوجها وقعت طلاقاً رجعيّاً ، وبه قال زيد ، وروي عن عائشة لما بلغها عن علي أنها لو اختارت زوجها وقعت طلاقاً رجعيّاً اشتدّ إنكارها عليه ، وقالت : خير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه أترى كان ذلك طلاقاً^(٣) ؟

(١) ر . المبسوط : ٢١٠/٦ ، تبين الحقائق : ٢٢٠/٢ ، فتح القدير : ٤١٠/٢ .

(٢) وردت هذه الآثار عن الصحابة رضي الله عنهم في مصنف ابن أبي شيبة : ٥٨/٥ - ٦١ - كتاب الطلاق - باب ما قالوا في الرجل يخير امرأته فتختاره أو تختار نفسها .

والأمر على ما قال إمام الحرمين فيما روي عن عمر وابن عمر وابن مسعود وابن عباس وعائشة ، أما ما روي عن علي ، فهو : « إن اختارت نفسها فواحدة بائنة ، وإن اختارت زوجها فواحدة وهو أملك بها » .

(٣) السابق نفسه .

ومما يتعلق بالفصل أن الزوج لو أنكر نية الطلاق ، فالقول قوله مع يمينه . والمرأة لو قالت : نويت الطلاق كما نويت ، فقال الزوج : ما نويت أنت ، فقد ذكر القاضي وجهين ذكرهما العراقيون : أحدهما - أن القول قولها ؛ فإن المرأة هي الناقصة ، وإليها الرجوع ، ولا مطلع على النية إلا من جهتها . نعم ، إن أراد تحليفها ، كان له ذلك .

ومن أصحابنا من قال : القول/ قول الزوج ، وهذا ضعيف لا أصل له ، ووجهه - ٣٥ ي على بعده - أن الأصل بقاء النكاح ، وعدم وقوع الطلاق ، وهي تزعم أن الطلاق وقع بنيتها المنضمة إلى لفظتها .

٩٠١٠- ولو ذكر الزوج في التفويض كناية ، فقال : اختاري ، أو أبيني نفسك ، أو بئي نفسك ، فقالت : طلقت نفسي ، فالمذهب الظاهر أن الطلاق يقع إذا اشتمل جانب الكناية على النية .

ومن أصحابنا من قال : لا يقع الطلاق . حكاه العراقيون عن ابن خيران ، وهذا القائل يقول : ينبغي أن يكون جوابها على صيغة التفويض إليها .

قال القاضي : وهذا الخلاف يجري في التوكيل ، فلو قال لأجنبي : طلق زوجتي ، فقال : أبنتها ، ونوى الطلاق . ولو قال : أبني زوجتي أو خلها ونوى الطلاق ، فقال الوكيل : « طلقتها » . أو « هي طالق » ، فيخرج الخلاف .

ولو قال لزوجته : أبيني نفسك ، فقالت : خلّيت نفسي ، ووُجدت نية الطلاق من الجانبين ، فلا يخفى تخريج هذا على ظاهر المذهب ، والطلاق واقع .

فأما إذا قلنا : اختلاف الشقين صريحاً وكناية يمنع وقوع الطلاق ، فإذا جرت الكناية من الجانبين ، ولكن اختلفت الصيغتان ، ففي المسألة تردد على هذا الوجه الضعيف . ولعل الأوجه الوقوع تعويلاً على النية ؛ فإن اللفظ لا استقلال له في الجانبين .

فَصْلٌ

قال : « وسواء قالت طلقتك أو طلقت نفسي . . . إلى آخره »^(١) .

٩٠١١- إذا قال الرجل لامرأته : أنا منك طالق ، قال الأصحاب : إن نوى إيقاع الطلاق عليها ، وقع الطلاق ، وإن لم ينو إيقاع الطلاق عليها ، لم يقع ، وزعموا أن قوله : أنا منك طالق صريح في بنيته وصيغته ، ولكنه أضيف إلى [الرجل]^(٢) ، فهو بمثابة الكنايات ؛ فإن المرأة محل الطلاق ، فإذا أضيف الطلاق إلى الرجل ، كان على تأويل إضافته إليها ، من حيث إنه منها على سبب منتظم بينهما . وكذلك إذا قال الرجل : أنا منك بائن ، قال الأصحاب : لا بدّ من نيتين إحداهما نية أصل الطلاق ، والثانية نية الإيقاع عليها .

٩٠١٢- وأصل هذه المسألة مقرر في (الأساليب) ، ولا نجد بداً من ذكر طرف مما ذكرناه فيها أولاً : ذهب ذاهبون من أصحابنا إلى أن الرجل معقود عليه في حقها ، كما أنها معقود عليها في حقه ، وأكثروا في هذا سؤالاً وانفصلاً .

ونحن لم نرتضِ هذا المسلك ؛ فإن المرأة لا تستحق من بدن زوجها ومنفعة زوجها شيئاً ، فلا معنى لكونه معقوداً عليه لها وفي حقها ، وإنما المستحق هو الزوج ومنافعها أو حلّها مستحق له ، فلا وجه إلا القطع بأن مورد العقد محل الاستحقاق . ولكن إذا قال الزوج : أنا منك طالق ، انقذ في هذا وجهان : أحدهما - أن على الزوج حرجاً من جهتها ، وإن لم يكن معقوداً عليه ؛ فإنه لا ينكح أختها ، ولا أربعاً سواها ، فإذا أضاف الطلاق إلى نفسه ، أمكن حمل ذلك تقريراً على حلّ السبب المقتضي لهذا الحرج .

والوجه الثاني - أن المرأة مقيدة ، والزوج في حكم القيد ، وقد يقال : حلّ القيد ،

(١) ر . المختصر : ٧٧/٤ .

(٢) في الأصل : محل . والمثبت تقدير منارعاية للسياق .

كما يقال : حُلَّ المقيّد ، بإضافة/ الطلاق إلى الزوج تتجه من غير أن يفرض معقوداً ٣٥ عليه .

ثم إذا قصد الزوج الطلاق ، ولم يضيف الطلاق إليها ، فالذي صار إليه جمهور الأصحاب أن الطلاق لا يقع ، كما قدمنا ذكر ذلك .

وذهب طوائف من المحققين إلى أن قصد الطلاق كافٍ ، وإن لم يصفه لفظاً وعقداً إليها . وهذا اختيار القاضي ، وهو القياس تحقيقاً ؛ فإن الطلاق ينقض العقد ، وإذا ارتفع العقد ، فلا حاجة إلى التنصيص على محلّ نطقاً أو نية وقصداً .

وهذا الكلام فيه إبهام بعد ؛ فإن الرجل لو قال : أنا منك طالق ، وقصد الطلاق ، ولم يقصد تطليق نفسه ، فالأمر على ما ذكرناه .

وإن قال : أنا منك طالق ، ونوى تطليق نفسه ، فكيف السبيل ؟ وعلى ماذا يحمل هذا القصد ؟ وهل نقول : الطلاق صريح ولا حاجة فيه إلى التعرض للمحلّ ؟

أما مذهب الجمهور ، فبين ، وأما المذهب الآخر ، فقد بان منه أنه [إن] (١) لم يقصد إلا الطلاق على الإطلاق ، كفى ، وإن جرد قصده إلى تطليق نفسه ، فالوجه عندنا ألا يقع ؛ لأن كونه محلاً لإضافة الطلاق - و (٢) ليس محلاً للعقد ، ولا استحقاق للمرأة فيه - بعيد (٣) فهذا كلام لا يستد (٤) مطلقه ، حتى يصرف بتأويل إلى مصرفٍ صحيح .

ثم الجمهور قالوا : ينصرف إليها ، وقال آخرون : يكفي أن يقطع عن تخصيصه بنفسه ، فأما تنفيذه مع تجريده القصد في إضافة الطلاق إلى نفسه فبعيد جداً .

وقد ذكر بعض الخلافين أن اللفظ صريح ، وإن قصد تطليق نفسه ، وهذا لا احتفال به . وشبه مشبهون هذا بما لو قال لامرأته : أنت الطلاق ؛ من حيث إن لفظ الطلاق جرى على صيغة مستبشعة حائدة عن جهة العرف في الاستعمال .

(١) زيادة من المحقق .

(٢) « وليس محلاً للعقد » (الواو) هنا واو الحال . فالمعنى : والحال أنه ليس محلاً للعقد ، ولا استحقاق للمرأة فيه . . .

(٣) بعيد : خبر (أن) في قوله : لأن كونه محلاً لإضافة الطلاق .

(٤) لا يستد : أي لا يستقيم .

هذا تمام البيان في ذلك ، ويترتب عليه فصل متصل بما تقدم من تفويض الطلاق إليها .

٩٠١٣- فلو قال لها : طلقي نفسك ، فقالت : طلقتك ، فخاطبتها ، فقال الأصحاب : إن قصدت تطليق نفسها وقع ، وقال المحققون : يكفي قصدها الطلاق ، وفي تخصيصها الطلاق بالزوج على قصد وعمد الكلام الذي ذكرناه .

والمسألة ليست خالية عن تردد الأصحاب في أن الرجل إذا فوّض إليها صريح الطلاق ، فأنت بالكناية ، فهل يحكم بوقوع الطلاق ؟ فإن قولها : طلقتك على مخاطبة الزوج كناية كما قدّمنا .

٩٠١٤- ولو قال السيد لعبده : أنا منك حرّ ، فهذا مما اشتهر فيه خلاف الأصحاب : فمنهم من قال : يحصل العتق إذا نواه ، كالطلاق . ثم الترتيب في تنزيله على العبد ، وفي إطلاقه ، على ما مضى .

ومن أصحابنا من قال : لا يحصل العتق أصلاً ؛ فإن الملك لا يوجب حجراً على المالك ، والنكاح يوجب حجراً على الناكح .

ولو قال الرجل لامرأته : أعتدّ منك واستبرئ رحمي ، ونوى الطلاق ، فهذا مما اشتهر فيه ذكر وجهين : والوجه - إلغاء اللفظ ؛ لأنه غير منتظم في نفسه ، والكناية لفظة يظهر انتظامها في معنى ، ولكن لا تتعين لذلك المعنى ، فإذا كان الكلام في نفسه ي ٣٦ مثبّجاً^(١) معدوداً لغواً ، فلا معول عليه .

فصل في

قال : « ولو جعل لها أن تطلق نفسها . . . إلى آخره »^(٢) .

٩٠١٥- نصدّر هذا الفصل بكلام في نية العدد : إذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق ثلاثاً ، أو طلقتك ثلاثاً ، فلا شك في وقوع الثلاث ، سواء كانت المرأة مدخولاً بها ،

(١) مثبّجاً : أي مختلطاً معمى غير واضح . من ثبج الرجل الكلام والخط ثبجاً : عماهما ، ولم يبينهما .

(٢) ر . المختصر : ٧٦/٤ .

أو غير مدخولٍ بها ، وقول الزوج ثلاثاً لا يُقطع عن صدر كلامه ؛ فإنه منعطف عليه تبيناً وشرحاً وإيضاحاً ، وليس في حكم كلام مبتدأ .

ولو قال لامرأته التي لم يدخل بها : أنت طالق ، وطالق ، فإنها تبين بالطلقة الأولى ، ولا تلحقها الثانية ؛ فإن المعطوف عليه مستقلٌ بنفسه ، وليس المعطوف بياناً له ، ولا كشفاً لمعناه ، فإذا استقل الكلام الأول بعد موجهه ، فتبين المرأة .

ثم قال الفقهاء : قول الرجل : أنت طالق ثلاثاً مشتمل على مفسر وتفسير ، وزعموا أن قوله ثلاثاً ينتصب على التفسير ، وهذا جهل بالعربية ، وذهاب عن وضع اللسان ، وبابُ التفسير والتمييز مشهور بين النحاة ، وليس هذا منه ، بل قول الزوج ثلاثاً نعتٌ مصدر محذوف والتقدير : أنت طالق طلاقاً ثلاثاً ، وهو كقول القائل : ضربت زيداً شديداً ، والتقدير ضرباً شديداً .

٩٠١٦- ثم معتمد المذهب ، والقطبُ الذي عليه تدور المسائل أن الفعل من الطلاق والاسم المشتق يُشعران بالمصدر لا محالة ، والمصدر يصلح للواحد والجنس ، فتطرق إمكان العدد ، فإن لفظَ الزوج به ، فذاك ، وإن قال : أنت طالق ، ونوى عدداً ، وقع العدد الذي نواه ، خلافاً لأبي حنيفة^(١) ، فاستبان أن الفعل من لفظ الطلاق والاسم صريحان في أصل الطلاق ، صالحان للعدد على التردد ، والنية شأنها تعيين وجه من وجوه التردد .

ولو قال لامرأته : أنت طالق واحدة ، ونوى الثلاث ، أو ثنتين ، فهذا ينقسم قسمين : أحدهما - أن ينصب قوله واحدةً نصبه قوله ثلاثاً ، والآخر أن يقول واحدةً بالرفع ، فأما إذا نصبَ قوله واحدةً ، فهذا يستدعي ذكر مقدمة ، ستأتي مشروحةً في موضعها ، إن شاء الله ، ونحن نذكر مقدار غرضنا منها .

فإذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق ، ولم يخطر له إلى استتمام اللفظ الاستثناء ،

(١) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٤١١/٤ مسألة ٩١٨ ، تبين الحقائق : ١٩٧/٢ ، اللباب : ٤١/٣ .

ثم لما تم لفظ الطلاق ، خطر له أن يقول على الاتصال : إن شاء الله ؛ تداركاً لما تقدّم ، فقال : إن شاء الله متصلاً ، فقد قال أبو بكر الفارسي - في كتابه المترجم مسائل الإجماع : يقع الطلاق في هذه المسألة إجماعاً ، ووافقه معظم الأصحاب في دعوى الإجماع ، وتعليه : أن لفظ الطلاق تم ، ثم حاول استدراكه من بعد ، فكان قصده في الاستدراك مردوداً .

ومن أصحابنا من قال : لا يقع الطلاق ؛ فإن شرط وقوعه ألا يجري على الاتصال به لفظاً ما يكون استدراكاً . وهذا الوجه على اشتهاؤه مزيفٌ ، لا تحصيل له ،
ش ٣٦ وسنعود إلى ذلك في مسائل الاستثناء ، إن شاء الله . /

٩٠١٧- فنقول الآن : إذا قال لامرأته : أنت طالق واحدة ، ثم زعم أنه قصد بجميع كلامه ثلاث طلاقات ، وبسط قصده على أول كلامه وآخره ، فهل يقع الثلاث ؟ اختلف أصحابنا في المسألة : منهم من قال : لا يقع الثلاث ؛ لأن لفظه يناقض قصده ، والقصد بمجرد لا يعمل ولا ينفذ [في] ^(١) الثلاث واللفظ على مناقضته ، كنية الطلاق عند ذكر من الأذكار عند قراءة القرآن . هذا إذا نوى الثلاث بجميع اللفظ .

ولو نوى الثلاث بقوله : أنت طالق ، ثم خطر له أن يقول واحدة ، فعلى طريقة الفارسي يقع الثلاث ؛ فإنه طبق نية الثلاث على لفظ محتمل لها ، ثم أتى بعد ذلك بلفظ يناقض ما تقدّم ، فلا حكم له .

وإن جرينا على الوجه الضعيف وأعملنا الاستثناء الذي وصله لفظاً ، وإن قصده بعد نجاز اللفظ ، فيخرج على ذلك الوجهان المذكوران فيه إذا نوى بجملة اللفظ الثلاث .

وإذا ضمنا هذه الصورة إلى الصورة الأولى ، انتظم فيها أوجهٌ : أحدها - أن الثلاث تقع ، والثاني - أنها لا تقع . والثالث - أنه إن نوى الثلاث بقوله : أنت طالق ، تقع ، وإن نوى الثلاث بمجموع اللفظ ، لا تقع .

ولو قال : أنت طالق واحدة ، وزعم أنني أردت طلاقاً واحدةً ملفقاً من ثلاث

طلقات ، وقعت ثلاث طلقات ، [فإن^(١)] ما قاله ممكن ، والطلاق الواحد الملفق حكمه ما ذكرناه .

وذكر بعض أصحابنا وجهاً أن الثلاث لا تقع ؛ لأن لفظ الواحد ينافي العدد ، وتقدير التلفيق بعيد عن الدّرك ، والنيات إنما تعمل إذا كانت تطابق وجهاً مفهوماً من صيغة اللفظ .

والخلاف في هذا يقرب من تردد الأصحاب في ألفاظٍ اختلفوا في إلحاقها بالكنايات ، كما سنصفها من بعد ، إن شاء الله .

٩٠١٨- ولو قال لامرأته : أنت واحدة ، ونوى الثلاث ، فالذي قطع به الأئمة في طرقهم أنها تقع على تأويل حمل الواحدة على التوحد والتفرد عن الزوج ، والمرأة قد تفرد عن زوجها بطلقة ، وقد تفرد عنه بثلاث طلقات ، وذكر القاضي هذا ، وصححه ، وحكى معه وجهاً آخر : أن الثلاث لا تقع ، لمنافاة لفظة الواحدة لها .

وهذا فيه نظرٌ دقيق عندي ، فأقول : إن خطر له التوحد وربط الطلاق به ، على التفصيل الذي ذكرناه ، فلا يجب أن يكون في هذا خلاف . وإن نوى الثلاث ، ولم يخطر له وجه حمل الواحدة عليها ، فهذا فيه احتمال ، وينبغي أن يكون هذا المسلك على ذكر الفقيه في مسائل ستأتي على القرب .

٩٠١٩- ومما وصله الأصحاب بهذا المنتهى أنه لو قال لامرأته : أنت طالق واحدة - بالرفع في واحدة - فهذا يُبنى على ما لو قال لها : أنت واحدة ، وقد ذكرنا أن الأصح أنه إن نوى الثلاث ، وقع . فلو قال : أنت طالق واحدة يُحمل هذا في العربية على إتباع الصفة الصفة ، وكأنه قال : أنت طالق أنت واحدة .

ثم الكلام - في أفراد الواحدة بالذكر - ما^(٢) ذكرناه .

وقد يعترض في هذه المسألة / وفيه إذا قال : واحدة بالنصب الفرق^(٣) بين أن يكون ٣٧ ي

(١) في الأصل : وإن .

(٢) ما ذكرناه : خبر لقوله : ثم الكلام في أفراد الواحدة بالذكر .

(٣) الفرق : فاعل يعترض .

صاحب اللفظ معرباً أم غير معربٍ ، وهذا فنُّ سيأتي ، ولسنا نخوض فيه الآن ،
والتنبيه عليه كافٍ .

٩٠٢٠- ولو قال لامرأته : أنت طالق ، فماتت ، فقال : ثلاثاً ، ووقع موتها مع
قوله ثلاثاً ، ففي المسألة أوجه : أحدها - أن الثلاث تقع ؛ لأن الموقَّع هو الطلاق ،
وقد صادف حالة الحياة والثلاث منعطفة على الطلاق ، فلا يضر وقوع اللفظ الثاني في
حالة الموت .

والوجه الثاني - أنه لا يقع شيء ؛ لأن جميع الكلام في حكم المقصود الواحد ،
فإذا وقع بعضه في حالة تنافي وقوع الطلاق ، لم يقع الطلاق ، كما لو قال لامرأته :
« أنت طالق » ، فوقع اللام والقاف في حالة موتها .

والوجه الثالث - أنه يقع طلقة واحدة ؛ فإن قوله : « طالق » مستقل بإفادة الطلاق ،
وهذا صادف الحياة ، فوجب إعمال هذا ، وإحباط ما يقع بعد الموت .

ولو قال : أنت طالق ، وكان على عزم الاقتصار عليه ، فماتت ، فقال : ثلاثاً ،
فلا شك أن الثلاث لا تقع في هذه الصورة ، ويتنفي الوجه الثاني أيضاً ، فلا يبقى إلا
الحكم بوقوع الواحدة .

وهذا يلتفت على مسألة الفارسي إذا قال : أنت طالق ، ثم بدا له أن يقول : إن
شاء الله ، وقد ذكرنا أن المذهب إلغاء الاستثناء ، وفيه وجهٌ أن الاستثناء لا يلغو ،
ويبعد أن نقول في التفرع عليه : إنه لا يقع شيء على وجهٍ ؛ فإنه أتى بما لو قصده
ابتداءً ، لما وقع شيء في وجهٍ .

ولو قال : إن شاء الله بعد موتها ، والتفرع على الوجه الضعيف ، فيجب القطع بأن
الاستثناء لا يعمل - والله أعلم .

ولو كان قصد أن يقول : إن شاء الله ، فلما قال : أنت طالق ، قال : إن شاء الله مع
موتها ، هذا محتمل لمصادفة الاستثناء حالة الموت .

وسنعود إلى هذا في فروع الاستثناء ، إن شاء الله .

٩٠٢١- وإذا قال لامرأته : أنت بائن ، ونوى ثنتين ، وقعتا ، كما إذا نوى واحدة أو ثلاثاً ، وقال أبو حنيفة^(١) : يقع الثلاث إذا نواها ، وتقع الواحدة ، ولا يقع الثنتان ، وله في ذلك مسلك اشتملت الأساليب على ذكره والردّ [عليه]^(٢) .

وكل ما ذكرناه في تأسيس المذهب في احتمال اللفظ للعدد إذا كان منشئ الطلاق هو الزوج .

٩٠٢٢- ونحن نعود وراء ذلك إلى مسائل تتعلق بتفويض الطلاق ؛ فإذا قال الرجل : لامرأته : طلقي نفسك واحدة ، فطلقت نفسها ثلاثاً ، وقعت الواحدة ، ولغا الزائد .

ولو قال : طلقي نفسك ثلاثاً ، فطلقت نفسها واحدة ، وقعت الواحدة . وقال أبو حنيفة^(٣) : إن فوّض إليها ثلاثاً ، فطلقت واحدة ، وقعت الواحدة ، كما ذكرنا ، وإن فوّض إليها واحدة ، وطلّقت نفسها ثلاثاً ، لم يقع شيء .

ولو قال لامرأته : طلقي نفسك ، ونوى تفويض الثلاث إليها ، فقالت : طلقت نفسي ، ونوت الثلاث ، وقعت الثلاث ؛ فإن التفويض بالنية في العدد بمثابة التفويض بالكنايات ، مع العلم بأن التعويل فيها على النية .

فإذا قال : أبيني ، فقالت : أبنت نفسي ، فلا بد من النية في الجانبين ، فالقول في النية المتعلقة بعدد الطلاق كالقول في النية المتعلقة بأصل الطلاق .

٣٧ ش

ولو قال لها : طلقي نفسك ، ونوى الثلاث ، فقالت : طلقت نفسي ، ولم تتعرض للنية ، فالمذهب الذي عليه التعويل أنه لا يقع إلا طلاقاً واحدة ؛ فإنها لم تنو العدد ، فنفذ اللفظ فيما هو صريح فيه من غير مزيد ، وهو كما لو قال لها : طلقي نفسك ثلاثاً ، فقالت : طلقت نفسي واحدة .

(١) ر . المبسوط : ٧٣/٦ ، مختصر اختلاف العلماء : ٤٢١/٢ مسألة ٩٢١ ، الاختيار : ١٣٣/٣ ، اللباب : ٤٢/٣ .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) ر . البدائع : ١٢٤/٣ ، إثمار الإنصاف : ١٥٦ ، الاختيار : ١٣٧/٣ .

وذهب بعض الأصحاب إلى أن الزوج إذا نوى الثلاث ولم تتعرض المرأة للنية ، وقد جرى النطق بالصريح من الجانبين ، فيقع الثلاث ؛ تعويلاً على نيّته ؛ فإنه فوض إليها لفظ الطلاق ، وهو تَوَلَّى قصد العدد .

وهذا ضعيفٌ جداً ؛ إذ لا خلاف أنه لو قال : أبيني نفسك ، ونوى ، فقالت : أبنت نفسي ، لم يقع الطلاق تعويلاً على نيّته ، فليكن الأمر كذلك في العدد ؛ فإن الصريح كناية في العدد .

٩٠٢٣- ولو قال لامرأته : طلقي نفسك ثلاثاً ، فقالت : « طلقت نفسي » ، أو قالت : « طَلَّقْتُ » ، ولم تتلفظ بعدد ولم تنوّه^(١) ، فقد قال القاضي : يقع الثلاث ؛ فإن قولها جرى جواباً ، والإيجاب في حكم المعاد في الجواب ، وقد يجري القبول على وجه لا يفهم لو قدر منفرداً ، ولكنه ينتظم مع ابتداء الخطاب بسبب البناء عليه ، ثم قال : ليس هذا كما لو قال : طلقي نفسك ، ونوى الثلاث ، ولم يتلفظ بها ، فقالت : طلقت نفسي ولم تنو الثلاث ، وذلك أن العدد في جانب الزوج مربوط بالنية ، فلا يمكن بناء كلامها على النية ، فإن التخاطب لا يقع إلا بالنية وهي على الجملة لا تحل محل الصريح .

هذا كلامه .

وقد ذكرنا خلافاً فيه إذا نوى الزوج العدد ، ولم تنو المرأة ، ومن تمسك بالوجه الضعيف ، وحكم بأن الثلاث تقع ، فله أن يعتضد بما إذا قال الزوج صريحاً : طلقي نفسك ثلاثاً ، فقالت : طلقت نفسي .

ولنا تفصيلاً ونظر في تصريح الزوج بتفويض الثلاث مع اقتصارها على الطلاق من

(١) عبارة الأصل ، فيها تكرار ، وزيادة هكذا : « ولو قال لامرأته : طلقي نفسك ثلاثاً ، فقالت : « طلقت نفسي » ، أو قالت : طلقت نفسي ، أو قالت : طلقت نفسي ، ولم تتلفظ ... » والتعديل والتصويب من المحقق على ضوء مختصر العز بن عبد السلام ، فقد جاء فيه : « وإن قال : طلقي نفسك ثلاثاً ، فقالت : طلقت نفسي ، أو قالت طلقت ، ولم تنو العدد ، طلقت ثلاثاً عند القاضي ... » (ر . الغاية في اختصار النهاية : ورقة ١٣٩ يمين جزء : ٣) .

غير ذكر عددٍ ، [فنقول]^(١) : إن كان التفرع على أن تفويض الطلاق تمليكاً ، وجوابها بمثابة القبول في مقابلة الإيجاب ، فيتجه ما ذكره من بناء كلامها على كلامه ؛ فإن قولها على قول التمليك بمثابة القبول مع الإيجاب .

فأما إذا جعلنا التفويض توكيلاً ، فالوجه أن لا يقع الثلاث ؛ فإن تصرف الوكيل لا يبني على التوكيل ، وإنما هو افتتاح تصرف ، ولو كان مبنياً على التوكيل ، لشُرط اتصاله به .

ومن قال : يشترط على قول التوكيل اتصال كلامها بالتفويض ، فقد يخطر له ما ذكره القاضي أيضاً .

ويجوز للفقهاء أن يقلب هذا الترتيب ، فيقول : إن جعلنا التفويض توكيلاً ، فلا نبني كلامها على كلامه ، وإن جعلناه تمليكاً ، فالمسألة محتملة : يجوز أن يسلك فيه مسلك البناء ، كما ذكره القاضي ، ويجوز أن يقال : لا يبني قولها على قوله ؛ فإنها متصرفة على الابتداء تصرفاً له/ صيغة التمام ، وليس كالقبول الذي لا يقع إلا شقاً ،^{٣٨ ي} والدليل عليه أنه لو قال : طلقي نفسك ثلاثاً ، فقالت : طلقت نفسي واحدة ، وقعت الواحدة ، ولو قال : طلقي نفسك واحدة ، فطلقت نفسها ثلاثاً وقع من الثلاث واحدة ، ولو كان تطليقها مع تفويضه كالإيجاب والقبول ، لما وقع الطلاق مع الاختلاف ؛ فإن الرجل لو قال لمن يخاطبه : بعت منك عبدي هذا بألف ، فقال : اشتريته بألفين ، لم ينعقد العقد ، ولم نقل : ينعقد بالألف ويلغو الألف الزائد ، وهذا النوع ينفذ من الوكيل .

هذا منتهى القول في تفويض العدد مع تصوير موافقتها ومخالفتها لفظاً وقصداً .

٩٠٢٤- ثم قال الشافعي : « ولو طلق بلسانه واستثنى بقلبه . . . »^(٢) وهذا طرف من أطراف التدين ، وقد استقصيناه فيما تقدم .

(١) في الأصل : ونقول .

(٢) تمام العبارة : « ولو طلق بلسانه ، واستثنى بقلبه ، لزمه الطلاق ، ولم يكن الاستثناء إلا بلسانه . (ر . المختصر : ٧٦/٤) .

فَضْلُكَ

قال: «ولو قال: أنت عليّ حرام يريد تحريمها بلا طلاق... إلى آخره»^(١).

٩٠٢٥- هذا الفصل يفرضه حيث لا نحكم بأن لفظ التحريم صريح في الطلاق ، ثم نذكر مقصود الفصل ، حيث نحكم بكونه صريحاً في الطلاق .

٩٠٢٦- فإذا لم نجعله صريحاً في الطلاق وقد قال لامرأته : أنت عليّ حرام ، أو قال : حرّمتك ، أو أنت محرّمة ، فقد قال الأصحاب : إن نوى بما قال طلاقاً ، فهو طلاق .

وإن نوى الظهار ، فهو ظهار .

وإن نوى تحريم ذاتها على نفسه ، تلزمه كفارة اليمين بنفس اللفظ ، ولم يتوقف لزومها على إلمامها بها .

وإن أطلق اللفظ ، ولم يقصد شيئاً ، فحاصل ما ذكره الأئمة ثلاثة أوجه : أحدها - أن اللفظ صريح في إيجاب الكفارة .

والثاني - أنه كناية بحيث لا يجب بمطلقه من غير نية شيء .

والثالث - أنه كناية في حق الحرة ، صريح في حق الأمة إذا خاطبها به ، وهذا الوجه ذكره العراقيون .

٩٠٢٧- التوجيه : من جعله صريحاً في إيجاب الكفارة ، تعلق بظاهر قوله تعالى في مخاطبة النبي : ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ﴾ [الآيات [التحريم : ١-٣] ، والصحيح في سبب نزولها أنه عليه السلام خلا بمارية القبطية في نوبة حفصة ، فاطلعت عليه ، وقالت : أفي بيتي ؟ وفي يومي ؟ فاسترضى رسول الله صلى الله عليه وسلم قلبها ،

وحرم مارية على نفسه ، فنزلت الآية وقال تعالى في مساقها : ﴿ قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ لِحْلَةَ أَيْمَنِكُمْ ﴾ ^(١) ، ثم مقتضى القرآن إيجاب الكفارة بنفس اللفظ من غير تعرض لقصد ،

(١) قصة تحريم مارية القبطية على هذا النحو الذي ساقه إمام الحرمين رواها سعيد بن منصور في سننه : ٣٩٠/١ ح ١٧٠٧ ، والبيهقي في الكبرى : ٣٥٣/٧ ، ورواها الدارقطني من حديث عمر في السنن : ٤١/٤ ، ٤٢ ح ١٢٢ ، وأبو داود في المراسيل : ٢٠٢ ح ٢٤٠ .

وهو عند النسائي من حديث أنس بلفظ : « إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت له أمة يطؤها ، فلم تزل به عائشة وحفصة حتى حرماها على نفسه ، فأنزل الله تعالى : ﴿ يَأْتِيهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ تَبَغَّى مَرْضَاتِ زَوْجِكَ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ [التحریم : ١] : سنن النسائي الصغرى : كتاب عشرة النساء ، باب الغيرة ، ح ٣٤١١ ، ومن حديث أنس أيضاً أخرجه الحاكم في المستدرک ، بلفظ النسائي ، وقال : « صحيح على شرط مسلم ، ولم يخرجه » وأقره الذهبي (ر . المستدرک : ٤٩٣/٢) .

قال الحافظ بعد أن ساق هذه الأحاديث : « وبمجموع هذه الطرق ، يتبين أن للقصة أصلاً ، أحسب ، لا كما زعم القاضي عياض أن هذه القصة لم تأت من طريق صحيح ، وغفل رحمه الله عن طريق النسائي ، وكفى بها صحة ، والله الموفق » انتهى كلام الحافظ (ر . تلخيص الحبير : ٤٢١/٣ ، ٤٢٢ ، ح ١٧٣٢) .

قال عبد العظيم : خرج الحافظ في التلخيص هذه الأحاديث ، عن قصة مارية وحفصة كما أوردها الرافعي في الشرح الكبير ، ولم يتعقبه - كعادته - بذكر الأحاديث (الأصح) التي اتفق عليها الشيخان البخاري ومسلم ، وغيرهما ، وجاء فيها قصة أخرى لنزول الآيات ، لا علاقة لها بمارية ، ومخالطتها في بيت حفصة ، فقد روى البخاري بسنده عن عائشة رضي الله عنها قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يشرب عسلاً عند زينب بنت جحش ، ويمكن عندها ، فواطأت أنا وحفصة عن : أيتنا دخل عليها ، فلتقل له : أكلت مغاير ، إني أجد منك ريح مغاير ، قال : « لا ، ولكن كنت أشرب عسلاً عند زينب بنت جحش ، فلن أعود له ، وقد حلفت ، لا تخبري بذلك أحداً » (البخاري ، كتاب التفسير : سورة التحريم ، باب ﴿ يَأْتِيهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ ﴾ الآية [التحریم : ١] ، ح ٤٩١٢ ، وانظر أرقام : ٥٢١٦ ، ٥٢٦٧ ، ٥٢٦٨ ، ٥٤٣١ ، ٥٥٩٩ ، ٥٦١٤ ، ٦٦٩١ ، ٦٩٧٢) وب نحوه رواه مسلم عن عائشة ، كتاب الطلاق ، باب وجوب الكفارة على من حرم امرأته ، ولم ينو الطلاق ، ح ١٤٧٤ ، ورواه أيضاً ابن سعد ، وابن المنذر ، وعبد بن حميد ، وابن مردويه ، قال ذلك الألوسي ، وفي رواية أخرى عند البخاري ومسلم وأبي داود والنسائي عن عائشة أن شرب العسل كان عند حفصة ، والقائل سودة وصفية .

قال النووي عند شرح حديث مسلم : هذا ظاهر في أن الآية نزلت في سبب ترك العسل ، وفي كتب الفقه أنها نزلت في تحريم مارية ثم نقل عن القاضي عياض قوله : الصحيح في سبب

نزول الآية أنها في قصة العسل لا في قصة مارية المروية في غير الصحيحين ، ولم تأت قصة مارية من طريق صحيح ، قال النسائي : إسناده حديث عائشة في العسل جيد صحيح غاية « انتهى كلام النووي ناقلاً إياه عن القاضي عياض .

ثم قال النووي : « قال القاضي بعد هذا : الصواب أن شرب العسل كان عند زينب » . ثم أقول : قال الألويسي : « وبالجملية الأخبار متعارضة ، لكن قال الخفاجي : قال النووي في شرح مسلم : الصحيح ، أن الآية في قصة العسل ، لا في قصة مارية المروية في غير الصحيحين ، ولم تأت قصة مارية في طريق صحيح » . ثم قال الخفاجي : نقلاً عن النووي أيضاً : « الصواب أن شرب العسل كان عند زينب رضي الله عنها » انتهى ما قاله الألويسي نقلاً عن الخفاجي ناقلاً إياه عن النووي . (روح المعاني : ١٤٦/٢٨ ، ١٤٧) .

وبهذا أصبح القائل إن الصحيح أنها في قصة العسل ، وأن قصة مارية لم ترد من طريق صحيح ، وأن الصواب أن شرب العسل كان عند زينب ، أصبح القائل لكل هذا هو النووي في شرح مسلم . والواقع أن النووي نقله عن القاضي عياض وبالرجوع إلى حاشية الشهاب الخفاجي ، برئت ساحة الألويسي ، فالذي قَوْل النووي ما لم يقله هو الخفاجي في حاشيته ، حيث نسب إليه جازماً ما حكاه عن القاضي عياض ، فقد قال الشهاب عند تفسير أول سورة التحريم : « اختلف في سبب النزول : فقيل : قصة مارية ، وقيل : قصة العسل ، وقال في شرح مسلم : الصحيح أنها في قصة العسل ، لا في قصة مارية المروية في غير الصحيحين ، ولم تأت قصة مارية من طريق صحيح . . . وفي شرح مسلم أيضاً : الصواب أن شرب العسل كان عند زينب » انتهى بنصه كلام الخفاجي ، وعنه أخذه الألويسي ، وكم من الأبحاث أخذت عن الألويسي ونسبت إلى النووي ما لم يقله بل نقله عن القاضي عياض !!! ووقوع الخفاجي في هذا (الوهم) أو هذا (التسرع) شاهد صدق على قصور البشر .

الخلاصة : وخلاصة ما تقدم نجمها في أمور :

١- أن الأحاديث في سبب نزول الآيات متعارضة بعضها في قصة العسل ، وبعضها في قصة مارية .

٢- أن أحاديث قصة العسل في أعلى درجات الصحة ؛ فهي في الصحيحين وغيرهما .

٣- أن قول القاضي عياض : إن قصة مارية لم تأت من طريق صحيح لم يخالفه فيه أحد ، إذا حملناه على تفاصيل القصة من مخالطة مارية في بيت حفصة ، وحوار حفصة في ذلك ، فهذا بالاتفاق لم يأت من طريق صحيح .

٤- احتج الحافظ ابن حجر في إنكاره على القاضي عياض - قال : أحسب أن للقصة أصلاً - بأميرين :

كتاب الطلاق / باب ما يقع من الطلاق وما لا يقع ١٠١
وهذا بمثابة ذكر الظهار وكفارته في آيات الظهار .

ومن قال : مطلق التحريم لا يكون صريحاً في اقتضاء الكفارة ، احتج بأن الزوج لو نوى به الطلاق ، لكان طلاقاً ، ولو كان صريحاً في اقتضاء الكفارة ، لما جاز نقله عما هو موضوع فيه ، كالطلاق إذا نوى الزوج به ظهاراً ، وكالظهار إذا نوى به طلاقاً .

ومن قال بالوجه الثالث ، اعتمد القرآن وسبب نزوله ، وقال : المعتمد في هذا الأصل الكتاب ، وهو وارد في المملوكة ، والحرّة مشبّهة بالمملوكة ، فلا يمتنع أن يكون اللفظ صريحاً في موضوعه .

٩٠٢٨- ثم مذهب الشافعي أن التحريم/ حيث يوجب الكفارة لا يتنزل منزلة ٣٨ ش
اليمين ، حتى يقال : يتوقف وجوب الكفارة على مخالفة التحريم بالإقدام

= أ- مجموع الطرق .

ب- رواية النسائي من حديث أنس .

وأقول : ليس في الأمرين ما يردّ كلام القاضي عياض ، أما مجموع الطرق ، ففيه ما فيه ، وليس هذا الموضوع مما يعتمد فيه التصحيح أو التقوية بمجموع الطرق .

أما حديث النسائي ، فليس فيه تفاصيل القصة ، بل لفظه كما رواه الحافظ نفسه : « إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت له أمة يطؤها ، فلم تزل به عائشة وحفصة حتى حرّمها على نفسه ، فأنزل الله : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ ﴾ فيبقى قول القاضي عياض : « لم تأت قصة مارية من طريق صحيح » على صوابه ، حيث يردّ القصة التي تحوي هذه التفاصيل .

ثم يأتي هنا السؤال : هل يجوز الترجيح بقوة الرواية ؟ وهل يمكن الجمع بين القصتين ، كما جعله الحافظ احتمالاً في الفتح ، وكما قاله الشوكاني في تفسيره .

ولكن يجب أن نؤكد عند الجمع أن تحريم مارية لم يكن على هذا النحو الذي ورد في القصة ، فليس هذا ثابتاً باتفاق ، بل يجب الوقوف عند ما رواه النسائي : « حرّمها على نفسه » فليس من الرواية ولا من الدراية أن نخترع تفاصيل لسبب التحريم إذا صح أصله . والله أعلم .

وأختم بتساؤل : هل يفهم من قول الإمام النووي في شرح مسلم : « وفي كتب الفقه أنها نزلت في تحريم مارية » هل يفهم من هذا نوع إنكار على الفقهاء ؟ لا سيما وأنه لم يتعرض للقضية أصلاً وأعرض عنها تماماً في (الروضة) . الله أعلم وأعلم .

ونضيف ملاحظة أخرى ، هي أن كتب الفقه اعتمدت هذه القصة - قصة مارية - دون قصة العسل على ضعف قصة مارية ؛ لأنها هي الأوفق للتمثيل والاستشهاد في تحريم الأضباع ، فهذا عذرهم ، والله أعلم .

والاستمتاع ، وأبو حنيفة^(١) جعل لفظ التحريم يميناً بمثابة قوله : « والله لا أطوك » ثم أقامه إيلاءً في النكاح ، وحلفاً في ملك اليمين ، ثم لم يخصص أصله بالفروج ، بل قضى بأن تحريم الأطعمة والأشربة وغيرها من المستحلات بمثابة اليمين المعقودة على الامتناع منها . فإن خالف اليمين ، وجبت الكفارة .

وما ذكرناه من اقتضاء التحريم الكفارة يختص بفرج الحرّة والأمة ولا يتعداهما إلى ما عدهما من المستحلات ، وسنذكر حقيقة هذا في أول كتاب الأيمان ، إن شاء الله .

٩٠٢٩- ولو قال لزوجته أو أمته : أنت عليّ حرام ، ثم زعم أنه أراد الحلف على الامتناع من الوطء ، ففي قبول ذلك منه وجهان : أحدهما - أن اليمين لا تنعقد ، وهو الذي صححه أئمة المذهب ؛ فإن عماد اليمين ذكرُ اسمٍ معظّم أمرنا بالإقسام به إذا أردنا القسم ، ولفظ التحريم ليس صريحاً فيه ولا كناية ، وإنما لفظ التحريم ذكر المقسم فأين القسم والاسم المقسم به ؟

ومن أصحابنا من قال : يثبت القسم إذا نواه ؛ فإن موجب القسم عند الحنث يضاهي موجب التحريم ، وقد قال أهل اللسان : « قول القائل : « لأدخلن الدار » قسمٌ ، واللام لام قسم » فليس يبعد تحصيل اليمين بالنية إذا جرى مقصود اليمين بعبارة مؤكدة .

وهذا غير مرضي ؛ فإننا لا نعرف خلافاً أن الرجل إذا قال : لأدخلن الدار ، ونوى القسم ، لم يكن مقسماً ، وأحكام الشرع لا تؤخذ من تقديرات العربية ، واليمين منها منوطةً تعبداً باسم الله ، أو بذكر صفةٍ من صفاته الأزلية .

ثم من جعل التحريم بالنية يميناً تردّدوا في لفظ التحريم في سائر المستحلات كالمطاعم والملابس وما في معناها ، فقال القياسون من هؤلاء المفرّعين : التحريم يصير يميناً بالنية في جميع هذه الأشياء .

وقال آخرون : التحريم إنما يصير يميناً في المنكوحات والإماء .

(١) المبسوط : ٧٠/٦ ، مختصر اختلاف العلماء : ٤١٣/٢ مسألة ٩٢٢ ، حاشية ابن عابدين : ٥٥٣/٢ .

ومما يجب الإحاطة به أن هذا الخلاف الذي ذكرناه آخرأ إنما نشأ من لفظة الشافعي ، وهي أنه قال : « إذا حرم زوجته ، يقال له : أصب وكفر »^(١) ، فظن ظانون أنه رضي الله عنه أوجب الكفارة بالإصابة على تقدير اليمين ، وليس الأمر كذلك ، بل أراد أن التحريم لا يحرم وطأها بخلاف الظهار ، فإنه يثبت تحريماً ممدوداً إلى التكفير ، فأبان الشافعي أن التحريم لا يوجب حجراً أو حظراً في الوطء .

فإن قيل : هلا كان التحريم كالظهار ؟ قلنا : لو كان كالظهار ، لكان ظهاراً ، فهو إذاً لا يقتضي التحريم ، ولكن يقتضي وجوب الكفارة ، وهو نازع من وجه إلى اليمين ، وليس يميناً ويشبه في ظاهره الظهار ، وليس ظهاراً ولا في معناه .

٩٠٣٠- ولو قال لنسوة : حرمتكن وقصد تحريم أنفسهن ، فيلزمه كفارة واحدة أم كفارات بعددهن ؟ فعلى قولين ذكرهما صاحب التقريب والقاضي / ، وكان شيخي^{٣٩} وطوائف من أئمة المذهب يقطعون بأن الكفارة تتحد ، فمن ذكر القولين قرب التحريم المضاف إلى النسوة في هذا المقام من الظهار ، [فلو]^(٢) قال الزوج لنسوة : أنتن عليّ كظهر أمي ، ففي تعدد الكفارة قولان ، سيأتي ذكرهما .

ومن قطع باتحاد الكفارة ، فوجهه أن الظهار يُثبت التحريم في النسوة ، ويشابه الطلاق من هذا الوجه ، والتحريم لا يثبت في ذواتهن ويشابه اليمين من هذا الوجه ، ويشابهها أيضاً في صفة الكفارة .

ومن سلك طريقة القولين قال : وجوب الكفارة في التحريم لا يتوقف على المخالفة ، فكان حريّاً بأن يشبه بالظهار ، ولو خاطب إماء وحرمن بكلمة ، فهو كما لو حرّم نسوة بكلمة .

ثم إن قضينا باتحاد الكفارة إذا خاطب النسوة أو خاطب الإماء ، فلو قال لنسوته وإماءه أنتن محرمات عليّ ، أو حرمتكن ، فمن أصحابنا من قال : لا تجب إلا كفارة

(١) ر . المختصر : ٧٦/٤ . (وأصله في الإملاء رواه عنه المزني في المختصر) .

(٢) في الأصل : ولو (بالواو) .

واحدة تفرعاً على اتحاد الكفارات إذا خاطب نسوة مجردات أو إماء منفردات ، وهذا ظاهر القياس .

ومن أصحابنا من قال : هاهنا تتعدد الكفارة لتعدد الجهة نكاحاً وملكاً .

وهذا خيالٌ لا أصل له ، وإن كان مشهوراً ، حكاه الصيدلاني وغيره ، ثم صاحب الوجه الضعيف حيث انتهى التفرع إليه لا يوجب إلا كفارتين ؛ نظراً إلى تعدد الملك والنكاح ، وهذا كلام مضطرب ، والوجه تنشئة الخلاف من عدد المحرمات منكوحات كنّ ، أو إماء ، أو مختلطات .

٩٠٣١- وكل ما ذكرناه مفروض فيه إذا لم يكن لفظ التحريم صريحاً في الطلاق .

فإن كان صريحاً في الطلاق لاستفاضته وشيوعه ، وتفرعنا على أن مأخذ الصرائح الشيوخ ، فإذا أطلق التحريم ، فهذا نفعه على أن التحريم في اقتضاء الكفارة صريح أم كناية ؟ وتحقيق القول فيه أنا إن حكمنا بأن مأخذ الصرائح الشيوخ ، فلا يتصور كون لفظ التحريم صريحاً في البابين ؛ فإن المعنى بالشيوخ أن لا يستعمل في اطراد العادة إلا في معنى ، ولا يقع الحكم للفظ بكونه صريحاً إلا بشرطين : أحدهما - الاستفاضة ، والآخر - أن لا يستعمل إلا في معنى المطلوب . وإذا بان أنا نضم إلى الشيوخ الحصر ، فلا يتصور أن يشيع لفظ على الحد الذي ذكرناه في معنيين مع اتحاد الزمان والمكان ، وهذا بمثابة إطلاق الغلبة في النقود ، فالغالب هو الذي يندر التعامل على غيره ، ويستحيل تقدير الغلبة في نوعين ؛ فإن قصارى هذا التقدير يجزّ تناقضاً ، وهو أن كل واحدٍ منهما أغلب من الثاني ، فيلزم منه إثبات شيئين كلّ واحدٍ أغلب مما هو أغلب منه . فإذا شاع اللفظ في مسألتنا في أحد المعنيين ، كان صريحاً فيه كناية في الثاني .

٩٠٣٢- وإن جوزنا أن يكون للصريح مأخذان : أحدهما - ورود الشرع ، والآخر -

ش ٣٩ الشيوخ على النعت المقدّم ، واعتماد الشرع في باب الصرائح/ يشهد له نصّ الشافعي على أن الفراق والسراح صريحان ، وإن عرفنا قطعاً أنهما ما شاعا شيوعاً يتميزان به عن الخلّة ، والبريّة ، والبائن .

فلو فرض شيوع التحريم في الطلاق وفرعنا على أن الصرائح تؤخذ من مأخذ الشرع أيضاً ، فهل ينتهي التفريع إلى كون التحريم صريحاً في البابين ؟ وكيف السبيل في ذلك ؟ هذا فيه نظر يجب الاهتمام به ، ولا يتجه فيه إن أثبتنا المأخذين إلا أمران : أحدهما - أن نسلك مسلك التغليب إذا جرى اللفظ مطلقاً ، ونعتقد أن الطلاق أغلب مثلاً لوجوه لا تكاد تخفى ، واللفظ يطابق المعنى إذا كان طلاقاً ؛ فإن الطلاق يحرم النفس ، والتحريم الموجب للكفارة لا يحرم النفس . هذا مسلك .

وإن انقذ للفقيه استواء الوجهين ، فلا مطمع في تحصيل معنيين بلفظ واحد ، هذا ما لا سبيل إليه وإن جرد القاصد قصده إليهما جميعاً ؛ لأن اللفظ الواحد لا يصلح لمعنيين جميعاً إذا لم يوضع في وضع اللسان للجمع ، فلا يتجه إذاً إن لم ينقذ وجه في الترجيح إلا أنه يخرج عن كونه صريحاً في البابين جميعاً ، لتعارض العرف والشرع ، واستحالة الجمع ، وامتناع تخصيص أحد الجانبين ، فلا [يعمل]^(١) اللفظ إذاً في أحد المعنيين إلا بالقصد .

هذا منتهى النظر .

٩٠٣٣- ومن لطيف الكلام في هذا أن الصريح [الذي هو]^(٢) على الدرجة العليا . كالطلاق ، فإنه لا يُعدّل عن ظاهره إلا على مسلك التدين ، ويلتحق الظهار به أيضاً لاستوائهما في الجريان في الجاهلية والإسلام ، وكل ما يلحق بالصرائح لعموم عرف متجدّد - فالعرف لا ثبات له - فقد يعرض استعقاب العرف عرفاً آخر ، وقد مهدنا في قاعدة الصرائح أن من الألفاظ ما يعمل مطلقه ، وتنصرف النية فيه ، وهذا من ذاك ، فالتحريم إذا شاع على الحد الذي نعهده ، فلا يكاد يبلغ مبلغ شيوع الطلاق في كل زمان ومكان ، ولا يعد مستعمل التحريم في غير مقصود الطلاق آتياً بشأناً نادراً ، بخلاف من يستعمل الطلاق ويبغي غير معناه ، ومن أحاط بهذه المرتبة من الصرائح ، بنى عليه ما ذكرناه ، من أن التحريم وإن كان صريحاً في اقتضاء الكفارة ، فيصير طلاقاً بالنية .

(١) في الأصل : يعلم . والمثبت تصرف من المحقق .

(٢) في الأصل : الصريح (النهو) على الدرجة العليا (بهذا الرسم تماماً) .

هذا تحصيل القول في ذلك ، وتبليغه المرتبة الأقصى في البيان .

٩٠٣٤- ومما يتعلق بتمام الكلام في فصل التحريم أنه لو قال لأمته التي هي أخته من الرضاع أو النسب : حرّمتك ، أو أنت عليّ حرام ، وزعم أنه أراد تحريمها في ذاتها ، فلا تلزمه بهذا القول كفارةً ، لأنه وصفها بما هي متصفة به من التحريم ، وإنما يلزم لفظُ التحريم الكفارة إذا خاطب به مستحلّه ، فيناقض لفظه موجبُ الشرع ، فيعدّ ما جاء به كلاماً مخالفاً للشرع ، ثم تعبد الشرعُ فيه بكفارة .

٤٠ ي وإذا قال لأمته المعتدة / ، أو المرتدة ، أو المزوجة ، أو الوثنية ، أو المجوسية : أنت عليّ حرام ، وأراد تحريمها في ذاتها ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أنه لا يلزمه شيء لأنه وصفها بالتحريم في حالة كانت فيها محرّمة ، فلا تناقض ، ولا حلف .

والثاني - يلزمه لأنها بمحل أن يستبيحها بتغيير تلحق .

وإذا خاطب بالتحريم امرأته المُحرّمة ، ففيه وجهان ، كما ذكرناه .

وأطبق المحققون على أنه لو خاطب الرجعية ، لم يلتزم شيئاً ، لأنها مُحَرّمة خالية عن الحلّ ، وفيها احتمال من طريق المعنى ، وإن لم نجد فيه نقلاً .

وإذا خاطب بالتحريم الصائمة والحائض ، التزم الكفارة ؛ فإن تلك العوارض لا حكم لها ، والتحريم لا يعم أيضاً جميع وجوه الاستمتاع ، ولفظ التحريم عام من جهة الوضع .

فإذا قال لامرأته : أنت عليّ كالمتيئة ، أو الدم ، أو الخمر ، أو الخنزير ، فهو كما لو خاطبها بلفظ التحريم ، ويمكن أن يقال : إن جعلنا التحريم صريحاً لمورد القرآن ، فهذه الألفاظ لا تكون صرائح ، والعلم عند الله . وقد انتجز قولنا في قاعدة التحريم .

فَضَائِلُ

قال : « فأما ما لا يشبه الطلاق مثل قوله : بارك الله فيك . . . إلى آخره »^(١) .

٩٠٣٥- غرض الفصل أن شرط ما يوصف بكونه كناية أن يكون مشعراً بالمقصود ، ثم إن ظهر إشعاره ، لم يخف كونه كنايةً ، وإن خفي ، فقد يُثيرُ خفاؤه خلافًا . فلو قال لامرأته : تجرّعي أو تردّدي أو ذوقي ، فهذه الألفاظ كنيات ؛ فإنها من طريق الاستعارة تشعر بالفراق ، ولو قال : اشربي ، وزعم أنه نوى الطلاق ، فوجهان ، قدمنا ذكرهما ، ومن جعله كناية قدّر فيه اشربي كأس الفراق .

وكان شيخي يقطع بأن قوله : « كلي » ليس بكناية ، وألحق القاضي والعراقيون كلي بقوله : « اشربي » وهذا فيه [بعد]^(٢) ولو قال : بارك الله فيك ، أو اسقيني ، أو أطعميني ، أو ردّديني ، أو ما أشبه ذاك ، فليس بطلاق ؛ لأن هذه الألفاظ غير مشعرة بالفراق . وإن حملها حامل على معنى بعيد ، عُدّ متكلفاً ، آتياً بما يلتحق بقسم التعقيد والإلغاز . ولو قال : « أغناك الله » ، ونوى الطلاق ، فقد ذكر العراقيون وجهين ، ومأخذ أحدهما من قوله عز وجل : ﴿ وَإِنْ يَنْفَرَقَا يُعْنِ اللَّهُ كِلَا مِنْ سَعَتِهِ ﴾ [النساء : ١٣٠] فكأنه قال لها : فارقيني يغنك الله . وهذا بعيد ، ولا يجوز أن يحمل على ذلك قوله : « بارك الله فيك » ، وإن أمكن على بعد أن يقول : أردت أغناك الله ؛ فلا تنتهي التقديرات في الكنيات إلى هذا المنتهى .

فليقس القائس على محل الوفاق والخلاف ما لم نذكره .

فَضَائِلُ

٩٠٣٦- ثم قال الشافعي : « ولو قال للتي لم يدخل بها : أنت طالق ثلاثاً [للسنة]^(٣) وقعن معاً . . . إلى آخره »^(٤) .

(١) ر . المختصر : ٧٧ / ٤ .

(٢) في الأصل : بعيد . والمثبت اختيار من المحقق .

(٣) زيادة من نص المختصر .

(٤) ر . المختصر : ٧٧ / ٤ .

٩٠٣٧- مقصود الفصل أن الرجل إذا قال لامرأته التي لم يدخل بها : أنت طالق ثلاثاً وقعت الثلاث عند الشافعي وأصحابه ، وهو مذهب عامة العلماء .

ش ٤٠ وذهب بعض السلف إلى أنه لا يقع إلا واحدة ، وهذا إنما قاله بسبب أن قول/ الرجل : « أنت طالق » مستقلٌ بنفسه ، فينبغي أن تبين المرأة ، به فإذا بانت ، لم يلحقها إلا واحدة . ومعتمد مذاهب العلماء أن آخر الكلام منعطفٌ على أوّله ، كما أن أوّله مربوط بآخره ، وقوله : « ثلاثاً » من تمام قوله : « طالق » .

ولو قال للتي لم يدخل بها : « أنت طالق وطالق » بانت بالأولى ، ولم تلحقها الثانية وستأتي هذه المسائل بما فيها موضحة إن شاء الله تعالى .

* * *

باب الطلاق بالوقت وطلاق المكره

قال الشافعي : « وأي أجل طلق إليه لم يلزمه قبل وقته . . . إلى آخره »^(١) .

٩٠٣٨- إذا علق الرجل طلاق زوجته بأمر في الاستقبال ، تعلّق به ، ولم يقع قبل تحققه ، ولا فرق بين أن يكون ما علق الطلاق به مما يأتي لا محالة ، وبين أن يكون الظن متردداً فيه : قد يكون وقد لا يكون ؛ فإذا قال : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، فهذا مما لا يقطع بكونه^(٢) .

فإذا قال : إذا طلع الشمس ، فأنت طالق ، فهذا مما يكون لا محالة ، والطلاق لا يقع في الموضعين قبل تحقق الصفة ؛ خلافاً لمالك^(٣) ؛ فإنه قال : إذا علق الزوج الطلاق بما يكون لا محالة ، انتجز الطلاق في الحال ، وإنما يقف وقوفه على وجود الصفة إذا لم تكن مستيقنة الكون ، قد تكون وقد لا تكون .

٩٠٣٩- ثم ذكر الشافعي مسائل في ذكر الأوقات التي تُفرض متعلقاً للطلاق والعتاق ، والغرض منها بيان معاني الألفاظ المستعملة فيها ، فقال : « لو قال في شهر كذا . . . إلى آخره »^(٤) .

إذا قال الزوج لزوجته : أنت طالق ، في أول شهر رمضان ، طلقت كما^(٥) أهلّ الهلال .

(١) ر . المختصر : ٧٧ / ٤ .

(٢) بكونه : أي بوجوده .

(٣) ر . الإشراف للقاضي عبد الوهاب : ٧٤٨ / ٢ مسألة ١٣٥٧ ، وعيون المجالس له : ١٢٢٧ / ٣ مسألة ٨٥٤ .

(٤) ر . المختصر : ٧٧ / ٤ .

(٥) كما : بمعنى عندما .

ولو قال : أنت طالق في شهر رمضان ، وقع الطلاق مع أوّل جزء منه ، وكذا إذا قال : في أول شهر كذا ، أو في غرة شهر كذا ، أو في أول غرة شهر كذا ، فالطلاق في هذه المسائل يقع مع أول جزء من الهلال ، والأصل المعتمد أن اسم الشهر إذا تحقق ، فقد تحققت الصفة التي هي متعلق الطلاق ، والطلاق ليس معلقاً بدوام الصفة ، ولا بنجازها ، فاقضى ذلك الوقوع مع أول الاسم .

ومن دقيق الكلام في هذا أنه قد يظن الظان أن الوقت ظرفٌ للطلاق وشرط الطلاق الواقع فيه أن يحتوش بزمان سابق ، وهذا تقدير محال ، فالمعنى بالظرف الزماني انطباق فعلٍ على زمان ، فأما اشتراط تقدم [زمان] ^(١) أو تأخر ، فلا .

٩٠٤٠- وإذا قال : أنت طالق في يوم كذا ، وقع الطلاق مع أول جزء من الفجر ، وقال أبو حنيفة ^(٢) : يقف وقوع الطلاق على انتهاء ذلك اليوم بغروب الشمس ، وهذا بناء على أصلٍ له في العبادات ، وذلك أنه قال : « كل فعلٍ علّق بوقتٍ موسّع ، تعلّق بانتهاء ذلك الوقت » كمصيره إلى أن الصلاة تجب بآخر الوقت ، وهذا جهل بموضوع البابين : أما الصلاة ، فإن ربط وجوبها بآخر الوقت أخذاً من أن المؤخّر لا يعصي ، فهذا له وجهٌ على حال ، وفي معارضته كلامُ أصحابنا/ . فأما مأخذ وقوع الطلاق المعلق ، فمن تحقّق الصفة ، ولا وقوف بعد تحقّق الصفة ، وليس هذا مأخوذاً من وجوبٍ حتى ينظر الناظر في إثبات المعصية ونفيها .

٩٠٤١- وإذا قال : أنت طالق في آخر شهر رمضان ، ففي المسألة وجهان ذكرهما العراقيون : أحدهما - أنها تطلق في آخر جزء من آخر الشهر ؛ فإن ذلك الجزء هو الآخر حقاً .

والوجه الثاني - أنها تطلق مع أول جزء من ليلة السادس عشر ؛ فإنه إذا مضى النصف الأول عدّ ما بعده آخرّاً ، وهذا أول الآخر . وقد ذكرنا أن الطلاق يقع كما ^(٣) تحقّق الاسم .

(١) في الأصل : زماني .

(٢) ر . فتح القدير : ٣/٣٧٦ ، حاشية ابن عابدين : ٢/٤٤٥ ، الفتاوى الهندية : ١/٣٦٨ .

(٣) كما : أي عندما .

وإذا قال : أنت طالق في أول آخر الشهر ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أنها تطلق في أول ليلة السادس عشر ، فإننا أوضحنا أن النصف الأخير ينطلق عليه اسم الآخر ، والجزء الأول من النصف الثاني أول الآخر ، وهذا بناء على ما ذكرناه من أنه إذا قال : أنت طالق في آخر الشهر ، يقع الطلاق في الجزء الأول من ليلة السادس عشر ، وأول الآخر والآخر بمثابة ، فإن الآخر ، وإن كان مطلقاً ، فنحن نكتفي بأوله .
هذا أحد الوجهين .

والوجه الثاني - أن الطلاق يقع كما^(١) طلع الفجر من اليوم الأخير من الشهر ، وهذا بناء على قولنا : إذا قال لامرأته : أنت طالق آخر الشهر تطلق مع الجزء الأخير ، فإذا ضَمَّ إلى الآخر أولاً مضافاً إليه ، وقال : أنت طالق في أول آخر الشهر ، طلبنا أقرب أول إلى الآخر ، فوجدناه اليوم الأخير .
والمسألة محتملة حسنة .

٩٠٤٢- ولو قال : أنت طالق في آخر أول الشهر ، ففي المسألة أوجه ذكرها العراقيون وغيرهم : أحدها - أنها تطلق مع آخر جزء من الليلة الأولى من الشهر ؛ فإن هذا أقرب زمان يضاف فيه الآخر إلى الأول .

والوجه الثاني - أن الطلاق يقع مع آخر جزء من اليوم الأول ، فنعتبر الليلة واليوم في الأولية ، ثم نأخذ آخر هذا الزمان .

والوجه الثالث - أنا نحكم بوقوع الطلاق مع آخر جزء من اليوم الخامس عشر ؛ فإن النصف الأول يعدّ أول الشهر ، وآخر هذا الأول ما ذكرناه .

٩٠٤٣- ولو قال وهو في بياض نهار : إذا مضى اليوم فأنت طالق ، طلقت بغروب شمس ذلك اليوم ، وإن لم يبق من اليوم إلا لحظة ؛ لأنه عَرَفَ اليوم ، فاقتضى التعريف ما ذكرناه .

ولو قال والحالة هذه : إذا مضى يومٌ ، فأنت طالق ، فلا يقع الطلاق حتى ينتهي في الغد إلى الوقت الذي عقد اليمين فيه ؛ لأنه نكّر اليوم ، فالاسم المنكر

(١) أي : عندما طلع الفجر .

يقتضي مسمى كاملاً ، وسبيلُ [التكميل] ^(١) ما ذكرناه .

ولو قال بالليل : إذا مضى يومٌ ، فأنت طالق ، فيقع الطلاق بغروب شمس الغد .

ثم لا يخفى أن الطلاق يقع مع الغروب ، وهو أول جزء من الليلة المستقبلية ، فلا يقع الطلاق مع آخر جزء من النهار ؛ فإن الطلاق معلق بمضي النهار .

٩٠٤٤- ولو قال : أنت طالق في سَلَخ شهر رمضان ، ففي ذلك أوجه : قال

العراقيون : يقع الطلاق مع آخر جزء من الشهر ؛ إذ به الانسلاخ .

ش ٤١ وقال قائلون : يقع الطلاق كما ^(٢) يطلع الفجر من اليوم الأخير / ، وهذا ما ذكره القاضي .

ويحتمل أن يقال : يقع الطلاق مع أول جزء من اليوم الذي يبقى معه ثلاثة أيام إلى آخر الشهر ؛ فإن السَلَخ يطلق على الثلاثة من آخر الشهر ، كما أن العُرّة تطلق على الثلاثة من أول الشهر .

وذكر صاحب التقريب وجهاً آخر - أنه إذا مضى من الشهر جزء ، وقع الطلاق ؛ فإن هذا أول الانسلاخ . وهذا على نهاية السقوط وليس مما يعتد به .

ولو قال : أنت طالق عند انسلاخ شهر رمضان ، لم يتجه فيه إلا القطع بأنه يقع مع آخر جزء من الشهر ، ووجهه لائح .

٩٠٤٥- ووصل الأصحاب بهذا أنه إذا قال لامرأته : إذا رأيت الهلال ، فأنت

طالق ، فإذا رأى الهلال غيرها ، وهي لم تره ، فالذي ذكره الأصحاب أن الطلاق يقع ؛ فإن الرؤية تُطلَق والمراد بها العلم ، ولو قال : أردت بالرؤية العيان ، فلا شك أن هذا مقبول باطناً ، إن كان صادقاً بينه وبين الله تعالى ، وهل يقبل ذلك ظاهراً ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه لا يقبل ؛ لأن الرؤية المطلقة إذا أضيفت إلى الأهلّة عُني بها في الظاهر وقوع الهلال وثبوته ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « صوموا لرؤيته ، وأفطروا لرؤيته » وأراد العلم به .

(١) في الأصل : التملك . وهو تصحيف طريف .

(٢) كما : أي عندما .

والوجه الثاني - أنه يُقبل ؛ فإن إرادة العيان بالرؤية ليس من الأمور البعيدة .

ولو قال : إذا رأيت فلاناً ، فأنت طالق وكان غائباً ، فقدم ، فلم تره ، فالظاهر حمل ذلك على العيان ، وذلك أنا قلنا ما قلنا في الهلال لجريان الاعتیاد فيه ، وللألفاظ مجاري مختلفة باختلاف المحال ؛ فإن الذي لم ير الهلال قد يقول - إذا غاب عن بلده - : ورأينا الهلال في الليلة الفلانية ، ولا يقول : رأيت فلاناً وما رآه ، والسبب فيه أن رؤية الأشخاص فيها أغراض ، وليس في رؤية الهلال غرض ، [وينبغي^(١)] للمحصل أن يعتقد أن مجاري العبارات التي يستعملها أرباب العقول لا تختلف إلا لأغراض مختلفة قد يظهر مُدركها ، وقد يخفى .

وقال القفال : إذا ذكر الرؤية بالفارسية وأضافها إلى الهلال ، فهي العيان ، لا العلم ، وهذا إنما قاله ؛ من جهة أن الرؤية تطلق في العربية والمراد بها العلم ، كما قال سبحانه : ﴿ أَلَمْ تَرَ إِلَى رَبِّكَ كَيْفَ مَدَّ الظِّلَّ ﴾ [الفرقان : ٤٥] وهذا الذي ذكره القفال فرق متخيل بين اللغتين ، لكن فيه خلل ناجع ، وهو أنا لا ننكر أن المعنى الأظهر للرؤية العيان إذا لم يُعدَّ إلى مفعولين ، فإذا قلت رأيت زيداً ، كان ظاهره عاينت زيداً ، وإذا عدَّيته إلى مفعولين كان بمعنى الظن كقولك : رأيت زيداً عالماً ، فإذا قال لامرأته : إذا رأيت الهلال ، كان هذا على معنى العيان في اللغة ، وإنما حملنا ظاهره على العلم للعرف واكتفاء الناس فيه برؤية الغير ، وهذا يتحقق في لغة العجم ، فلا فرق إذاً بين اللغتين .

فصل في

قال : « ولو قال إذا مضت سنة ، فأنت طالق ، وقد مضى من الهلال خمس... الفصل »^(٢) .

٩٠٤٦- إذا قال لامرأته : إذا/ مضت السنة ، فأنت طالق ، انصرفت إلى السنة ٤٢ ي العربية المفتحة بالمحرم ، فإذا كان في بقية من السنة ، فانقضت ، وقع الطلاق وإن

(١) في الأصل : « ولا ينبغي » .

(٢) ر . المختصر : ٧٨/٤ .

كانت تلك البقية لحظة ، كما ذكرناه في اليوم المعروف .

ولو قال : إذا مضت سنة فأنت طالق ، فلفظه يقتضي سنة كاملة ؛ لما ذكرناه من أن الاسم المنكر محمول على المسمى الكامل ، والسنة الكاملة اثنا عشر شهراً بالأهلة ، ولا معتبر بالشهور العجمية ، وفي التواريخ شهور مختلفة يعرفها المقومون وفيها كبائس ، ولا اعتبار بشيء منها في الآجال المطلقة في عقود الإسلام ، قال الله تعالى : ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ ﴾ [البقرة : ١٨٩] ثم عمّ في عرف أهل الدين إطلاق السنة والأشهر على هذا المراد ، فانضمّ إلى التعبد عمومُ العرف ، فالسنة الكاملة اثنا عشر شهراً ، فإن لم ينكسر الشهر الأول ومضت اثنا عشر شهراً بالأهلة ، طُلِّقت ، ولا يتصور ألا ينكسر الشهر الأول إلا بأن يعلق الطلاق على وجه يتأتى هذا الغرض فيه ، وهو أن يقول : إذا مضت سنة من أول رمضان ، فأنت طالق ؛ فيتأتى اعتبار الأشهر بالأهلة .

٩٠٤٧- فأما إذا أنشأ وقال : إذا مضت سنة فأنت طالق ، فقد يعسر تصوير عدم انكسار الشهر الأول ؛ فإن قوله يقع في شهر ، والتنبيه في هذا كافٍ .

فإذا انكسر الشهر الأول ، فهذا الشهر المنكسر لا بد وأن يكمل ثلاثين يوماً ، سواء خرج ذلك الشهر ناقصاً ، أو كاملاً .

ثم قال الأئمة رضي الله عنهم : نعدّ بعد مضي [كسر هذا]^(١) الشهر الأول أحد عشر شهراً بالأهلة ، ثم نكمل ذلك الشهر الذي انكسر من الشهر الثالث عشر ، حتى إذا كان مضي من الشهر الذي انكسر خمسٌ ، ثم عددنا بعد هذا الشهر المنكسر أحد عشر بالأهلة من بين ناقص وكامل ، فننظر الآن في حساب الشهر الأول المنكسر ، فإن كان كمل ذلك الشهر ثلاثين ، فقد مضى خمسة وعشرون ، فنحسب من هذا الشهر خمسة أيام ، فإن كان ذلك الشهر ناقصاً ، فنحسب من ذلك الشهر أربعة وعشرين ، ونحسب من الشهر الثالث عشر ستة أيام .

(١) في الأصل : كلمة غير مقروءة .

هذا معنى استكمال ذلك الشهر ثلاثين يوماً . وقال أبو حنيفة^(١) : مهما^(٢) انكسر الشهر الأول ، انكسر سائر الشهور ، فإذا وجب اعتبار التكميل في الشهر الأول ، وجب اعتبار التكميل في كل شهر ، وقد قال بهذا بعض أصحابنا .
ووجهه أنه إذا انكسر الشهر الأول ، فالوجه أن يكمل من الذي يليه ؛ فإن السنة لا تنقطع أيامها ، فيستحيل أن نحسب منها شهوراً والشهر الأول معلق ، لم يمض بعد ، فإذا كان يجب أن يكمل الشهر الأول ، فينكسر الثاني بالأول ، ثم ينكسر الثالث بالثاني وهكذا إلى نجاز السنة ، وهذا المذهب مطرود في العدد والآجال الشرعية والأيمان ، وهو على ما فيه من الإخالة بعيدٌ ؛ فإن اعتبار الأهلة أصل غير منكر ، وخروج اعتبار الأهلة في أحد عشر / [شهراً]^(٣) محال ، وإذا كان كذلك ، فلا وجه إلا ٤٢ ش ما ذكرناه أولاً .

فصل في

قال : « ولو قال لها : أنت طالق الشهر الماضي . . . إلى آخره »^(٤) .

٩٠٤٨- مضمون الفصل الكلام فيه إذا قال لامرأته : أنت طالق الشهر الماضي ، والكلام في ذلك يقع على وجوه : أحدها - أن يُطلق هذا اللفظ ، ولا يتعرض لقصد ونية ، فالحكم أنه يقع الطلاق في الحال ، ويلغو قوله الشهر الماضي . وسبب [ذلك]^(٥) أن قوله : « أنت طالق » صريح في التنجيز ، وقوله : « الشهر الماضي » لفظ ملتبس متردد بين جهات ، كما سنذكرها ، فإذا لم يقصد بلفظه شيئاً ، سقط أثر المجمل منه ، وعمل اللفظ المستقل . ولو أطلق اللفظ ، فلم نتمكن من مراجعته ، حتى مات أو جنّ ، فيحكم بالوقوع في الحال ؛ بناء على ما ذكرناه من استقلال اللفظ باقتضاء التنجيز .

(١) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٣٨٠ / ٢ مسألة ٨٨٥ .

(٢) مهما : واضح أنها هنا بمعنى إذا .

(٣) زيادة من المحقق .

(٤) ر . المختصر : ٧٨ / ٤ .

(٥) زيادة اقتضاها السياق .

٩٠٤٩- ولو قال : أردت بقولي : « أنت طالق الشهر الماضي » أن يقع في الحال الطلاق ، ولكن يترادّ إلى الشهر الماضي ، ويستند إليه ، ويتنجز في الحال وينعكس إلى ما مضى ، فهذا الذي قاله كلام لا أثر له ، والطلاق يتنجز في الحال ، ولا ينعكس على ما تقدم ؛ فإن التصرف في الزمان الماضي بأمر ينشأ في الحال مستحيل ، وقضايا^(١) الألفاظ لا تتقدم عليها قط .

وحكى بعض الأئمة عن الربيع أنه قال : لا يقع الطلاق ؛ فإنه قصد طلاقاً [يعتمد]^(٢) الانعكاس ، وفي لفظه إشعارٌ به ، والطلاق على هذا الوجه مستحيل ، والمستحيل لا يقع ، وقال الأئمة : هذا من تصرف الربيع وتخريجه ، وتصرفه إذا لم يوافق قاعدة المذهب مردود ، والمقبول منه منقول لا مقوله ، واستدل الربيع على ما قال بأن قال : إذا علّق الرجل الطلاق بمستحيل ، لم يقع ، مثل أن يقول : لامرأته إن طرّت أو صعدت السماء ، فأنت طالق ، فلا يقع الطلاق .

ومن أصحابنا من قال في منكرة الربيع : إن قال : « إن طرّت ، فأنت طالق » ، يقع الطلاق ، وفي الوصف والتعليق تصرفٌ للأصحاب نذكره ، ثم نوضح الصحيح فيه . قالوا : إذا وصف الطلاق بصفة مستحيلة لا يُنظم في الجذّ مثلاً ، لغت الصفة ويقع الطلاق ، مثل أن يقول : « أنت طالق طلاقاً لا يقع عليك » ، فقد وصف الطلاق بصفة مستحيلة ، وهذه الصفة لا يتخيّلها ذو عقل وتحصيل ، ف قيل : الطلاق نافذ وحظّ الهزل منه مردود ، وهو بمثابة ما لو قال : « أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً » فالثلاث واقعة والاستثناء المستغرق مردود ، وإن وصف المطلق الطلاق بصفة مستحيلة حكماً ، ولكن لا يبعد أن يتخيّلها متخيّل ، وذلك كقول القائل : أنت طالق الشهر الماضي ، فإذا أراد طلاقاً شابه الانتجاض في الحال ، والانعكاس على ما مضى ، فالطلاق واقع ، والصفة باطلة ؛ بناء على حكم الشرع ، بإبطال تلك الصفة .

وقال الربيع : لا يقع الطلاق ؛ فإن الذي أوقعه من الطلاق لا يتصور وقوعه على

ي ٤٣ النعت الذي ذكره ، وهو لم يوقع غيره . /

(١) وقضايا الألفاظ : بمعنى مقتضياتها .

(٢) في الأصل : يعتدّ .

وهذا مردود عليه ؛ فإن اللفظ صريح في اقتضاء التنجيز ، وهو لم ينف التنجيز في الحال ، ولكنه ذكر وراء التنجيز أمراً محالاً ، فوجب الحكم بالتنجيز أخذاً باللفظ والقصد ، ووجب إلغاء الانعكاس ؛ فإنه مستحيل ، ثم الربيع جعل الوصف كالشرط ، وقال : إذا ذكر الانعكاس ، فكأنه قال : « إن انعكس الطلاق على الزمان الماضي ، فأنت طالق الآن » . وهذا كلام مستكره متكلف .

٩٠٥٠- ثم نعود بعده إلى تعليق الطلاق بالمستحيلات : فإذا قال : « إن صعدت السماء ، أو إن طرت ، أو إن أحييت ميتاً ، فأنت طالق » فحاصل ما ذكره الأصحاب في هذه الفنون ثلاثة أوجه : أحدها - أن الطلاق يقع بقوله : أنت طالق ويلغو التعليق المحال ؛ فإن التعليق إنما يثبت إذا أمكن ، وجري شرطاً يرتقب حصوله لتعلق المشروط به ، فإذا لم يكن كذلك ، كان خارجاً عن حقيقة التعليق ، ويلزم إبطاله لخروجه عن وضعه ، وإذا بطل ، بقي التطليق من غير تعليق .

والوجه الثاني - وهو الذي قطع به معظم الأئمة أن الطلاق لا يقع ؛ فإنه لم ينجزه فيتنجز ، بل علقه ، ثم إن كان التعليق في ممكن ، فالوجه أن ينتظر [و] ^(١) إذا كان التعليق في غير ممكن ، فغرض الزوج أن يمتنع وقوع الطلاق حسب امتناع الصفة التي [ذكرها] ^(٢) .

والوجه الثالث - أنه إذا قال : إن [طرت] ^(٣) أو صعدت ، لم يقع الطلاق ؛ لأن الرب تعالى موصوف بالاعتقاد على إقذارها على الطيران ، والترقي في السماء ، فهو من الممكنات والمقدورات ، فإذا قال : « إن أحييت ميتاً » ، يقع الطلاق ؛ لأن هذا من المستحيلات ؛ لأن إحياء الموتى لا يتصف بالاعتقاد عليها إلا الإله الأزلي ، فيتحقق التحاق هذا بالمستحيلات ، فلا يبعد إلغاء التعليق فيه ، هذا ما ذكره الأصحاب .

(١) زيادة من المحقق .

(٢) في الأصل : ذكرناها .

(٣) في الأصل : طردت .

٩٠٥١- والوجه عندنا القطعُ بمخالفة الربيع في الصفة ، والقطع بأن التعليق في المستحيل وغير المستحيل يمنع انتجاز الطلاق ؛ فإننا لو نجّزناه ، لأوقعنا طلاقاً لم يوقعه ، وليس يخرج على الانتظام تعليق الطلاق بما لا يكون على قصد أن الطلاق لا يقع ، كما أن الصفة المذكورة لا تكون ، وهذا كقوله تعالى : ﴿ حَتَّى يَلِجَ الْجَمَلُ فِي سَمِّ الْخِيَاطِ ﴾ [الأعراف : ٤٠] فاقضى ظاهر الخطاب من جهة الصيغة تعليق خروج الكفار من النار على أن يلج الجمل على هيئته في سم الخياط على ضيقه ، وهذا مستحيل ، والمقصود أنهم لا يخرجون أبداً ، كذلك القول في تعليق الطلاق بالمحال .

٩٠٥٢- ولو قال : أردت بقولي : « أنت طالقُ الشهر الماضي » أن الطلاق يصادف في وقوعه الشهر الماضي ، [وإن^(١)] كان لفظ الإيقاع حاصلاً الآن . وهذا يتميز عن الصورة المتقدمة بشيء ، وهو أنه في الصورة المتقدمة قصد التنجيز في الحال مع العكس على ما مضى ، فكان المذهب الحكم بالتنجيز ، وإبطال قصد العكس ، وهو في هذه الصورة يبغى ألا ينجز في الحال طلاقاً ، وإنما يعكسه على ما مضى ويقدر وقوعه فيما سبق ، ثم هو يسترسل على الزمان استرسال/ الطلاق ، فإذا أراد ذلك ، ش ٤٣ فلفظه غير بعيد عن الإشعار بهذا . وقد يتخيل بعض الناس إمكان ذلك ، فيخرج ما أبداه عن الهزل الذي لا يخفى مُدركه ، ففي هذه الصورة وجهان : أحدهما - أن الطلاق لا يقع ؛ لأنه لم يقصد تنجيزه ، وقصدُ الإيقاع على ما رام غير ممكن .

والوجه الثاني - أن الطلاق يقع ؛ فإنه ليس يُنكر انبساط الطلاق على الزمان الذي أنشأ اللفظ فيه ، فهذا الزمان من مضمّنات قصده في الطلاق ، فليتنجز في الوقت وليلغُ ما يزيد على ذلك . والشافعي ذكر في هذه الصورة لفظةً محتملة مترددة ، فقال : « إيقاع الطلاق الآن في شهرٍ مضى محال »^(٢) فمن أصحابنا من قال : لا يقع ؛ لأنّ الشافعي أحاله ، والمحال لا يقع ، ومنهم من قال : يقع ؛ لأنه نجّز الطلاق ، والإحالة في الصفة مُخرّجة من البين ، فيجعل كأنه أطلق ، ولم يصفه .

(١) في الأصل : فإن .

(٢) ر . المختصر : ٧٨/٤ .

وكان شيخنا يقول : إذا قال : أردت إيقاع الطلاق في الحال ووقوعه في الشهر الماضي ، فيقع في الحال ، ولو قال : أردت إسناد الإيقاع والوقوع إلى الشهر الماضي ، ففيه وجهان مشهوران ، وفي لفظه تعقيد .

والأولى في التفصيل ما ذكرناه ، فإن أراد الإيقاع في الحال على شرط الانعكاس ، فهذه صورة التبيع ، وإن أراد أن يسند^(١) وقوع الطلاق بإيقاعه ولفظه المسموع منه في الحال ، فهذه صورة الوجهين ، فأما إسناد الإيقاع والوقوع إلى ما مضى ، فكلامٌ مضطرب ، وقصد شيخنا ما ذكرناه ، وإنما التعقيد راجع إلى العبارة .

٩٠٥٣- ومن تمام الكلام في المسألة أنه إذا قال : أردت بقولي : « أنت طالق الشهر الماضي » أنك قد طلقك زوجاً في الشهر الماضي ، فأردت الإخبار عنه ، قال الأصحاب : إن أقام بينة أن زوجاً طلقها في الشهر الماضي ، قبل منه ما يدعيه في معنى لفظه ، ثم وإن اتهم مع ذلك ، حُلف ، وإن لم يمكنه أن يثبت أن زوجاً طلقها في الشهر الماضي ، فلا يقبل ذلك منه ، ويحكم بانتجاز الطلاق . هكذا قال الأصحاب .

وفي القلب من هذا شيء ؛ فإن اللفظ إذا كان محتملاً ، وهو صاحب اللفظ والإرادة ، فإذا فسر لفظه بممكن ، فلا يبعد أن يقبل تفسيره ، ثم يكذب في إخباره ، وإذا كنا نجعل المسألة على وجهين فيه إذا فسر لفظه بمحال ، وهو إسناد [الوقوع]^(٢) إلى ما مضى ، حتى نقول في وجه : لا يقع الطلاق ، فلا يبعد أن ينزل لفظه إذا فسرته بالإقرار منزلة ما لو ابتداء ، فقال : قد طلقك في الشهر الماضي زوجٌ غيري ، وهذا لا يوجب وقوع الطلاق منه ، وإن كان كاذباً ؛ فإذاً هذا متجهٌ على ما ذكرناه ، ولو كان قوله لا يحتمل الإقرار ، لما جاز الحمل عليه ، وإن أمكنه أن يثبت بالبينة طلاقاً من زوج .

ولو قال : أردت بقولي : « أنت طالق الشهر الماضي » أنني طلقتك في نكاح في الشهر الماضي ، ثم جددت عليك [نكاحاً]^(٣) بعد البينونة ، فهذا بمثابة ما لو فسر

(١) أن يسند وقوع الطلاق : المعنى أن يوقعه في شهر مضى ، أي واقعاً من ذلك الوقت .

(٢) في الأصل : الوقاع .

(٣) في الأصل : نكاحها .

ي ٤٤ لفظه بطلاق صدر من زوج غيره ، والتفصيل فيه ما مضى / .

٩٠٥٤- ولو قال الزوج : أردت بهذا أني طلقتك في الشهر الماضي طلقة رجعية ، وأنت الآن في عدّة الرجعة ، فالذي ذكره المحققون أن هذا مقبول منه ؛ فإن لفظه محتمل ، وهو متضمنٌ ثبوت الطلاق في هذا النكاح إقراراً به ، وإذا تردد لفظه بين الإقرار وبين الإنشاء والنكاح متحد ، فالوجه تصديقه من غير أن يُحوَج إلى بيّنة ، وغاية الأمر أن يُحَلَّف .

ونقل بعض النقلة عن القاضي أنه قال : إن صدّفته المرأة ، قبل ذلك منه ، وحُمِل قوله على الإقرار بالطلاق ، وإن كذبت ، فالقول قولها ؛ لأن الظاهر منه إيقاع الطلاق في الحال ، فنحكم إذاً بوقوع طلاقين : أحدهما - إنشاء ، والآخر - إقرار منه ، وهذا كلام مضطرب ، لا يجوز نسبة مثله إلى القاضي ؛ فإننا إن قلنا : لا نقبل تفسيره بالإقرار ، فقد يكون لهذا وجه ؛ فإن صيغة الإيقاع أغلب ، والدليل عليه أنه لو قال : « أنت طالق » ، فهذا في ظاهره صفة ، فلو قال : أردت أني طلقتك ؛ فأنت الآن بحكم التطليق الماضي طالق ، فهذا غير بعيد عن صيغة اللفظ ، ولكنه لا يقبل .

فلو قال قائل : لا يقبل حَمْلُ قوله : أنت طالق الشهر الماضي على الإقرار أصلاً ، كان كلاماً ، ويلزم منه ألا يُقبل إقراره إذا فسره بتطليق زوج غيره أو بتطليقه في نكاح آخر ، وإن أقام بيّنة عليه ؛ فإذا قبل ذلك على الشرائط المقدّمة وقال هذا الناقل في هذه المسألة : لو صدّفته قبل ، ولا أثر لتصديقها ؛ فإن الطلاق يتعلق بحق الله ، فلو قال لامرأته : أنت طالق ، وزعم أنه أراد طلاقها عن وثاق ، لم يقبل منه ظاهراً ، ولو صدّفته المرأة ، فلا تعويل على تصديقها ، فلا وجه لهذا التفصيل .

وينبغي أن يقال : تفسير الرجل قوله بالإقرار ، ويُحَلَّف ، ويُفصل بين هذه الصورة وبين ما إذا حُمِل لفظه على الطلاق من [غيره]^(١) ، أو منه في نكاح آخر ؛ لأن هذا إنكار منه للطلاق في هذا النكاح ، فإن لم يُقبل حَمْلُ اللفظ على الإقرار ، وجب ألا

(١) في الأصل : من غير (بدون هاء الضمير) .

يؤثر تصديقها ، ووجب ألا يقبل [حمل كلامه على طلاق غيره]^(١) ، وعلى طلاقه في نكاح آخر .

٩٠٥٥- فإن قيل : « لو قال الزوج : إذا مات فلان ، فأنت طالق قبله بشهر ، فمات قبل مُضيّ الشهر » ، فالطلاق لا يقع في هذه الصورة ، فهلا غلبتم الإيقاع في ظاهر الحال ، كما لو قال : أنت طالق الشهر الماضي ؟ قلنا : علق الطلاق بما لا يستحيل أن يُتصور : أن يبقى ذلك الشخص أشهراً ، وهو الظاهر الذي عليه بناء الأمر ، فإن اتفق استتخار موته ، وقع الطلاق قبل موته بشهر ، وإن مات قبل مُضيّ الشهر ، فلفظه صريح في ترتيب الطلاق على هذا النسق ، فإذا جرّ محالاً ، لم نوقع الطلاق ، وهذا قد يقوّي مذهب الربيع في الحكم بأن الطلاق لا يقع ، إذا أراد إيقاع طلاق في الحال على أن ينسبط منعكساً على ما مضى .

٩٠٥٦- ولو قال لامرأته : أنت طالق غدّ أمس ، أو أمس غدٍ : على الإضافة في الموضوعين ، فيقع الطلاق في اليوم ؛ فإن اليوم غدّ أمس ، وأمس غدٍ .

ولو قال : أنت طالق غدّ أمس من غير إضافة ، وقع الطلاق غدّاً ، ولغا ذكر أمسٍ / ، وكذلك لو قال : أنت طالق أمسٍ غدّاً ، لغا ذكر أمس ، وطلقت غدّاً .^{٤٤ ش} وهذا فيه نظر عندنا ؛ فإنه إذا قال : أنت طالق أمس ، فهذا بمثابة قوله : أنت طالق الشهر الماضي ، فلو أطلق هذا اللفظ ، لانتجز الطلاق في الحال ، فذكره غدّاً مع ذكره أمس لا يغيّر هذا المعنى ، ولا يؤخر الطلاق [في]^(٢) الحال . وهذا بيّن إذا تأملته .

٩٠٥٧- ومما نذكره متصلاً بهذا الفصل أنه إذا قال : إذا قدم فلان ، فأنت طالق قبله بشهر ، فقدم قبل مضيّ الشهر ، لم يقع الطلاق ؛ فإننا لو قضينا بوقوعه ، لقدمناه على القدوم بشهر ، ثم هذا يتضمن أن يتقدم وقوع الطلاق على لفظ المعلق وهذا محال .

(١) في الأصل : حمّله على كلامه على طلاق غيره .

(٢) في الأصل : من .

وكذلك إذا قال : إن ضربتك ، فأنت طالق قبله بشهر ، فإذا ضربها قبل مضي شهر ، لم يقع الطلاق .

وإذا علق بالقدوم والضرب على ما صورنا ، فقَدِم الشخص المذكور بعد شهر ، ووقع الضرب بعد شهر ، قضينا بوقوع الطلاق متقدماً على القدوم والضرب بشهر ، على نحو ما ذكره المعلق .

وقال أبو حنيفة^(١) : إذا ذكر القدوم أو غيره ، ثم أسند الطلاق إلى شهر قبل الصفة المذكورة ، فلا حكم للزمان المذكور ، والطلاق يقع عند القدوم والضرب ، سواء تخلل شهر أو لم يتخلل ، ووافق أنه إذا قال : إذا مات فلان ، فأنت طالق قبله بشهر ، فمات بعد شهر . أن الطلاق يقع مستنداً^(٢) ، ولو قال : إن ضربتك ، فأنت طالق قبل ضربي بشهر ، ثم ضربها قبل شهر ، فقد ذكر أن الطلاق لا يقع ، ثم تنحلّ اليمين ، بهذا الضرب حتى لو ضرب بعد ذلك بشهر أو أشهر ، لم يقع الطلاق أيضاً ؛ فإن اليمين انحلت بالضرب الأول ، ولم يمكن وقوع الطلاق^(٣) .

ولو قال قائل : الضرب المعقود عليه هو ضرب يتصور أن يقع الطلاق قبله بشهر ، فموجب هذا ألا تنحل اليمين بالضرب الأول ، لما كان هذا بعيداً ؛ تخريجاً على أن صفة اليمين إذا وجدت في حالة اليمينونة لا تنحل اليمين ، قد ذكرنا هذا في أول الخلع محكياً عن الإصطخري ، وسنعود إلى هذه الأجناس في فروع الطلاق ، إن شاء الله تعالى .

فصل في

قال : « ولو قال لها : أنت طالق إذا طلقك . . . إلى آخره »^(٤) .

٩٠٥٨- هذا من أصول الكتاب ، وهو كثير التدوار في المسائل ، ومضمونه الكلام في (إن) ، و (إذا) ، و (متى) ، و [متى ما]^(٥) إذا اتصلت بالاثبات ، أو اتصلت

(١) ر . الفتاوى الهندية : ٣٦٨ / ١ .

(٢) يقع مستنداً : أي يقع منذ الوقت الذي حدده ، فيقع قبل القدوم والضرب بشهر كما علقه .

(٣) كل هذا حكاية قول أبي حنيفة رضي الله عنه .

(٤) ر . المختصر : ٧٨ / ٤ .

(٥) في الأصل : (وميتما) وهو تحريف واضح .

بالنفي ، وفيه بيان تعليق الطلاق على التطليق ، وعلى وقوع الطلاق ، والفرق بين الممسوسة وغير الممسوسة .

فإذا قال لامرأته : « إن طلقتك ، فأنت طالق » أوقال : « إذا طلقتك ، فأنت طالق ، أو متى طلقتك ، أو [متى ما] ^(١) طلقتك » ، فإن كانت مدخولاً بها فطلقها ، طلقت بالتنجيز ، وطلقت بالتعليق ، فتلحقها طلقتان . ثم هذه الألفاظ لا تقتضي فوراً ، فمهما ^(٢) طلقها ، لحقها [طلاقاً] ^(٣) : [طلاقاً] ^(٤) بحكم التعليق الماضي ، وانتجز ما نجزه .

ولو قال : (إن) طلقتك أو (إذا) أو (متى) ، أو (متى ما) طلقتك ، فأنت طالق . [فهذه] ^(٥) الألفاظ لا تقتضي قط بداراً ، وكذلك إذا أضيفت إلى دخول/ الدار ٥٥ ي وغيرها من الصفات .

وإن أضيفت إلى ما يقتضي عوضاً [، فإن] ^(٦) و (إذا) يحملان على الفور ، فإذا قال : (إن) أعطيتني ألفاً [أو إذا] ^(٧) أعطيتني ألفاً ، فهذا يقتضي الفور ، كما قدمناه في أصول الخلع .

فأما (متى) و (متى ما) و (مهما) ، فإنها لا تقتضي الفور ، وإن قرنت بطلب العوض .

هذا أصل المذهب ، وقد مهدناه في الخلع .

والفقه المتبع في هذه الأبواب أن (متى) ، و (متى ما) ^(٨) ، و (مهما) بمثابة

(١) في الأصل : (وميتما) وهو تحريف واضح .

(٢) مهما بمعنى إذا .

(٣) في الأصل : طلاقاً (بالنصب) .

(٤) زيادة من المحقق .

(٥) في الأصل : وهذه .

(٦) زيادة اقتضاها السياق .

(٧) في الأصل : وإذا .

(٨) في الأصل وميتما : كذا يرسم (متى ما) . ولعله أراد وصل (متى) مع (ما) ، فرسم الألف

قولك أي وقت ، وهذا تنصيب على إدخال الأزمنة كلها ، فإذا قرنت بالعوض ، فالنص لا يحال^(١) ، والخلع يقبل التأخير والتعجيل .

وأما (إن) و (إذا) ، فليسا ناصين على الأوقات وإدخال جميعها تنصيماً ، [فإذا]^(٢) اقترن بهما قصد التعويض ، انتصب التعويض قرينة في تخصيص (إن) و (إذا) بالزمان المتصل ، هذا إذا كان في الكلام قصد تعويض .

فإن لم يجر ذكر العوض ، (فإن) و (إذا) بمثابة (متى) و (متى ما) في التأخير ، فإذا قال : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، لم يقتض ذلك فوراً في الدخول ، وكذلك إذا قال : (إذا) دخلت الدار و (مهما)^(٣) بمثابة ما لو قال : (متى) أو (متى ما) دخلت الدار فأنت طالق .

والمشيئة في الصفات مستثناة ، فإذا قال : أنت طالق إن شئت ، اقتضى ذلك فوراً ، بخلاف قوله : إن دخلت ، وإن كلمت زيداً ، وما جرى هذا المجرى ، والسبب فيه أن تفويض الطلاق إلى المشيئة يتضمن تملكها نفسها ، والتمليك يقتضي قبولاً أو ما في معنى القبول متصلاً بالتمليك ، وسنذكر مسائل المشيئة ، إن شاء الله عز وجل .

فانتظم من مجموع ما ذكرناه أن (إن) و (إذا) محمولان على الفور عند ذكر العوض ، و (متى) و (متى ما) يجريان على التأخير ، و (إن) و (ومتى) و (متى ما) في الصفات كلها على التأخير إلا في المشيئة .

= المقصورة (ياء) ، ثم جاء الخطأ في وضع النقط فقدم التحتية ، وأخر الفوقية ، وكأنه كان يريد هكذا (متيما) .

(١) كذا في الأصل تماماً (رسماً ونقطاً) والمعنى واضح على أية حال ، وهو أن (متى) و (متى ما) و (مهما) إذا قرنت بالعوض ، فلا تقتضي الفور ، فإنها تنبسط على الأزمنة كلها ، بخلاف (إن) و (إذا) .

(٢) في الأصل : وإذا .

(٣) هنا ينص الإمام على أن مهما فيها معنى الظرفية ، وقد علمت قريباً - في بعض تعليقاتنا - ما قاله النحاة في هذا الموضوع .

٩٠٥٩- ولو علق الطلاق بنفي ، نظر في هذه الأدوات ، فإن قال : إن لم أطلقك^(١) إن لم أضربك ، إن لم تدخلني الدار ، أو ما جرى مجرى هذه الصفات ، (فإن) في جميعها لا تقتضي فوراً ، كما لو ربط بالإثبات . فقله : إن [لم تدخلني]^(٢) كقله : إن دخلت في أن لا فور فيهما جميعاً .

وإذا قال : إن لم أطلقك ، فأنت طالق ، فالأمر على التراخي والتمادي ما بقي الزوجان ، وأمكن التطلق وتوقعه ، فلو ماتت أيسنا حينئذ من التطلق ، فنحكم بوقوع الطلاق قبيل موتها ، فإنه كان قال : إن لم أطلقك ، فأنت طالق . وقد تحقق أنه لم يطلقها .

وإن مات الزوج ، فقد تحقق اليأس بموته أيضاً ، فتبين وقوع الطلاق قبيل موته ، ولو جن الزوج ، فلا يأس من التطلق ، بل نتوقع الإفاقة ، فلو اتصل الجنون بموت الزوج ، فتبين وقوع الطلاق قبيل الجنون ، فإننا تحققنا بالأخرة أن الطلاق تعذر من وقت الجنون .

ولو قال : إن لم أطلقك ، فأنت طالق ، ثم بانت عنه بفسخ ، وجدد عليها نكاحاً ، ففي عود الحنث قولان : فإن حكمنا بأن الحنث يعود ، فكأنها لم تبين ، ويعود استمرار توقع التطلق على الترتيب الذي ذكرناه .

وإن قلنا : الحنث لا يعود ، فهذا موقفٌ يجب التوقف عنده للوقوف على ما فيه ، فإذا قال : إن لم أضربك ، فأنت طالق ، ثم بانت عنه بطلاق أو فسخ ، فالضرب بعد غير مأبوس - وإن بانت عنه - فلو ضربها/ بعد البينونة أو بعد نكاح ، فالطلاق المعلق ٤٥ ش بعدم الضرب لا يتوقع له وقوع ، فإنه قال : إن لم أضربك ، [فقد]^(٣) ضربها ، ولو لم يضربها في النكاح الأول ، فبانت ، وماتت أو نكحها ، وماتت في النكاح الثاني ، فالطلاق المعلق في النكاح الأول لا يقع في النكاح الثاني ؛ فإننا نفرع على منع العود ،

(١) الكلام هنا جارٍ على حذف حرف العطف ، وهو جائز صحيح ، والمعنى : إن لم أطلقك ، أو إن لم أضربك ، أو إن لم تدخلني الدار .

(٢) في الأصل : إن تدخلني (بدون لم) وهو لا يستقيم مع السياق .

(٣) في الأصل : وقد .

وقد تحقق اليأس من الضرب ، وعجزنا عن إيقاع الطلاق في النكاح الثاني .

٩٠٦٠- وإن صوّرنا في البائنة موتها من غير تجديد نكاح ، فهذا يُغني عن التفرع على عود الحنث ، فنقول : إذا تحقق اليأس من الضرب آخرأ ، وعسر الحكم بوقوع الطلاق قبيل موتها ؛ فإنها بائنة ، أو منكوحة نكاحاً جديداً لا يقع فيه الطلاق المعلق في النكاح الأول ؛ فإذا كان كذلك ، فهل نتبين أنها طلقت في النكاح الأول قبيل البينونة ؟ هذا موضع النظر .

والوجه ألا نحكم بوقوع الطلاق ؛ فإننا إنما نحكم بوقوع الطلاق عند تعليق الطلاق بالنفي متى تحقق اليأس ، فوقت وقوع الطلاق يتقدم على اليأس بلحظة ، وقد صادفت هذه اللحظة بينونة ، أو نكاحاً جديداً ، ولو ذهب ذاهب إلى رد الطلاق إلى النكاح الأول ليأس بعده ، استرسل هذا الكلام إلى أصل ، لم يصر إليه أحد من الأصحاب ، وهو أن نقول : إذا تحقق اليأس والنكاح واحد ، فنتبين عند اليأس وقوع الطلاق من وقت اللفظ .

وهذا من دقيق الفقه ، فتأملوه ترشدوا .

ولم يصر أحد من الأصحاب إلى إسناد الطلاق إلى وقت اللفظ إذا تحقق اليأس ، وهذا محتمل ؛ من جهة أن المذهب الأصح أن المستطيع المستجمع لأسباب الاستمكان إذا لم يحج وقد تمادت سنون في الاستطاعة ، فنحكم بأنه يموت عاصياً ، وفي الأصحاب من ييسط المعصية على أول وقت الاستطاعة ، ومنهم من يحصر التعصية في السنة الأخيرة ، فليتنبه الناظر لما يُنبّه له .

ولم نقل هذا ليكون وجهاً ؛ فإن الأصحاب مجمعون على أن الطلاق لا يستند إلى وقت اللفظ ، والزواج متسلط على الوطاء إجماعاً ، وإن كان بيده أن يضرب ويخلص نفسه من هذا التوقع .

٩٠٦١- ونعود بعد ذلك إلى ما كنا فيه ، فنقول : إذا قال لامرأته : « إن لم أطلقك ، فأنت طالق » ، ثم انفسخ النكاح بسبب ، وماتت على البينونة ، فقد عسر التطلاق بالانفساخ ، ثم اتصلت البينونة بالموت ، فهذا عندنا بمثابة الجنون إذا طراً ،

وقد قال : إن لم أطلقك ، فأنت طالق ، فإذا جنّ ، فالجنون لا يقطع توقع التطليق بتقدير الإفاقة ، ولكن إذا اتصل بالموت أسندنا اليأس إلى أول الجنون ، كذلك البيونة تنافي التطليق ، ولا تنافي توقّعه ، فإذا استمرت البيونة إلى الموت ، كان بمثابة اتصال الجنون بالموت ، فيلزم من هذا المساق إسناد اليأس إلى الفسخ ، فليقع الطلاق قبّله .

وليتصوّن المرء الآن من الوقوع في الدّور ؛ فإن الطلاق المعلق لو كان رجعيّاً ، انتظم فيه تصوّر الفسخ / ، وإن كان بائناً ، وقع في قاعدة الدّور ، فلا التفات إليها ؛ ٤٦ ي فإنها بين أيدينا^(١) ، وسنفري فيها فريناً^(٢) ، والله المستعان .

٩٠٦٢- والغرض الآن الفرق بين أن يقول : إن لم أطلقك فأنت طالق ، وبين أن يقول : إن لم أضربك ، فأنت طالق ، فإن اليأس عن التطليق يستند إلى أول البيونة ؛ فإن البيونة تنافي التطليق ، والبيونة لا تنافي الضرب ، فاليأس من الضرب يقع قبيل الموت ، ولا يصادف محلاً للطلاق .

ولو قال : إن لم أطلقك فأنت طالق ، فانفسخ النكاح بردة أو غيرها ، ثم جدد عليها نكاحاً ، فالتطليق يتصوّر في النكاح الثاني ، وإن منعنا عود الحنث ، فإن الذي يمتنع هو الطلاق المعلق لا التطليق في صورته ، وصورة التطليق في النكاح الثاني

(١) بين أيدينا : أي أمامنا .

(٢) وسنفري فيها فريناً : يقال : فلانٌ يفري الفريّ ، وهو أن يبالغ في الأمر حتى يتعجب منه ، والفريّ الأمر العظيم .

وإمام الحرمين هنا ناظرٌ إلى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في عمر بن الخطاب : « فلم أر عبقرياً يفري فريته » (ر . غريب الحديث للخطابي : ٥٧١ / ٢) وفي القاموس : الفريّ كغني يأتي بالعجب في عمله . والحديث متفق عليه ، رواه البخاري : كتاب المناقب ، باب علامات النبوة في الإسلام ، ح ٣٦٣٤ ، وأطرافه في ٣٦٧٦ ، ٣٦٨٢ ، ٧٠١٩ ، ٧٠٢٠ .

ورواه مسلم : كتاب فضائل الصحابة ، باب من فضائل عمر ، ح ٢٣٩٣ .

وتمام الحديث : عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « بينا أنا نائم رأيتني على قليبٍ عليها دلو ، فنزعت منها ما شاء الله ، ثم أخذها ابن أبي قحافة ، فنزع بها ذنوباً أو ذنوبين ، وفي نزعه ضعف ، والله يغفر له ، ثم استحالت غرباً ، فأخذها عمر بن الخطاب ، فلم أر عبقرياً يفري فريته » .

كالضرب ، فلا يتحقق اليأس من التطليق قبيل الموت ، ثم إذا منعنا عَوْدَ الحنث لا يتصور وقوع الحنث في تلك اللحظة .

وهذه أصول بينة للفظن ملتبسة على من لا يردّ نظره إليه .

٩٠٦٣- وكل ما ذكرناه نفّرّع على تعليق الطلاق بنفي بكلمة (إن) التي هي أم باب الشرط ، فلو علق الطلاق [بنفي]^(١) واستعمل (إذا) أو (متى) أو (متى ما) أو (مهما) فقال : إذا لم أضربك أو إذا لم أطلقك فأنت طالق ، فالقول في (متى) و (متى ما) كالقول في (إذا) فإذا مضى من الزمان ما يسع التطليق أو الضرب أو صفة أخرى علق الطلاق بها ، ولم يأت بما ذكره ، يقع الطلاق الذي علقه ، وليس كما لو قال : إن لم أطلقك .

ولا يستقل بمعرفة الفرق بين (إن) و (إذا) من لم يفهم طرفاً يتعلق بهذا الفصل من العربية ، فنقول : (إذا) ظرفُ زمان ، وهو اسم مشعر بالزمان ، وكذلك (متى) و (متى ما) ، و (إن) حرف ، وليس بظرف ، وليس اسماً للزمان . فإذا قال القائل : إذا لم أطلقك ، فمعناه أيّ وقت لم أطلقك ، فأنت طالق ، فقد علق طلاقها بوقت لا يطلقها فيه ، فإذا مضى وقت لم يطلقها فيه ، فقد وُجدت الصّفة التي علق الطلاق بها ، و (إن) ليس اسماً لوقت ، وإنما هو حرف مسترسل على الاستقبال ، لا إشعار فيه بزمان .

هذا هو الفرق ويترتب عليه أنّ (متى) و (متى ما) في معنى (إذا) ؛ فإن معناهما أي وقت لم أطلقك ، وابتناؤهما على التأخير في مثل قوله : متى أعطيتني ألفاً ، فأنت طالق ، لا يغيّر غرضنا في المقام الذي نحن فيه ، فإن متى تنطلق على الزمان القريب انطلاقه على البعيد ، والطلاق يقع بأول الاسم ، فإذا تحقق الزمان الأول عربياً عن التطليق ، فقد وُجدت صفة الطلاق ، ثم يتسق من هذا أن آثارها تقع على الفور ، بخلاف ما إذا فرضت في إثبات الأعواض في مثل قول القائل : إذا أعطيتني مع قوله : متى أعطيتني ، والسبب فيه أن متعلق الطلاق ثمّ إعطاءً ، فإن قرن بلفظ لا ينص على

(١) في الأصل : فبقي . وهو تصحيف واضح .

عموم الزمان ، اقتضت قرينة العوضية تعجيلاً ، وإن قرنت بلفظ ناصٍ على عموم الأوقات ، حمل على العموم ، والطلاق بالإعطاء والزمان ظرفه .

والمعتمد فيما نحن فيه/ تحقق زمان عارٍ عن الصفة .

وهذا يبين لا إشكال فيه .

والذي ذكرناه قاعدة المذهب .

٩٠٦٤- والذي سنذكره بعدُ فيه غيرُ معدودٍ من متنه وأصله ، ولذلك أخرته ، ولا أجد بداً من ذكره ؛ لأنِّي وجدته في تصانيف الأئمة مسطوراً . قال العراقيون : من أصحابنا من لم يتضح له الفرق بين (إن) و (إذا) في النفي ، فقال : أجعل المسألة فيهما على قولين نقلاً وتخريجاً : أحدهما - أن الأمر يُحمل فيهما على الفور إذا كان متعلق الطلاق نفيًا ، فإذا قال : إن لم أطلقك فأنت طالق ، فمضى أقل زمان إمكان الطلاق ، وقع الطلاق ، كما لو قال : إذا لم أطلقك .

والقول الثاني - أن (إن) و (إذا) بمثابة واحدة ، ولا يقع الطلاق منهما ما لم يتحقق اليأس من الطلاق كأن لو كانت الصفة إثباتاً ؛ فإنَّ (إن) و (إذا) في الإثبات مستويان في قول القائل : إن دخلت الدار ، وإذا دخلت الدار ، وهذه الطريقة مزيفة ، نقلها العراقيون وبالغوا في تزييفها ، وذكرها الشيخ أبو علي على هذا النسق ، وحكى عن صاحب التلخيص أنه قال : إذا قال : إذا لم أطلقك [أو إن لم أطلقك]^(١) ، فكلاهما على التراخي ، وهذا خطأ ، وهو مذهب أبي حنيفة^(٢) .

ومما نذكره بعد عقد المذهب أن صاحب التقريب ، قال : إذا قال : إذا لم أطلقك فأنت طلاق ، فهذا على الفور عند الإطلاق ، فلو قال : أردتُ بذلك إن فاتني طلاقك فأنت طالق ، فهل يقبل ذلك منه أم لا ؟ ذكر وجهين وأجرى الكلام على أن (إذا) في

(١) زيادة اقتضاها السياق ، ووجدناها بمعناها عند صاحب التلخيص ، ونص عبارته : « ولو قال لامرأته : أنت طالق إذا لم أطلقك ، أو إن لم أطلقك ، لم يقع الطلاق حتى يموت أحدهما ؛ فتطلق واحدة » (ر . التلخيص لابن القاص : ٥٢٣) .

(٢) ر . البدائع : ١٣١/٣ ، تبين الحقائق : ٢٠٦/٢ ، الاختيار : ١٢٨/٣ .

الإطلاق مع النفي للفور ، فإن [حَمَلَ]^(١) المطلق على التراخي بالتأويل الذي ذكرناه ، ففي قبول ما جاء به في الظاهر وجهان . وهذا الذي قاله حسنٌ ، ملتحق بمتن المذهب ؛ لما فيه من الاحتمال .

ثم شَبَّب في مساق كلامه بشيء ، فقال : إذا قال الرجل لامرأته : إن أعطيتني ألفاً ، فأنت طالق . ثم قال : أردت متى أعطيتني ، فيحتمل أن يُقبل ذلك . وهذا عندنا يجب ألا يُتردد فيه ؛ فإنه فيما بيديه موسعٌ للطلاق ، وكل ما يقبل التدين فيه ، فإذا قاله الرجل وهو عليه^(٢) فيقبل ، ولكن يتطرق إليه أنه قد يقصد استحقاق العوض المتراخي ؛ فيجب أن يقال : إن وافقته المرأة في تصديقه ، استحقَّ العوض ، وإن أبت وقد أتت بالعوض في زمانٍ متراخٍ ، فهذا الآن محتمل .

وقد نجز الكلام على (إن) و (إذا) و (متى) و (متى ما) و (مهما) في النفي والإثبات ، مع العوض ومن غير عوض . ويلتحق (بمتى) و (متى ما) و (مهما) قولك : أي وقتٍ ، وأي حين ، وأي زمانٍ ، فهذه الألفاظ بمثابة قولك : (متى) في كل تفصيل .

وقد نجز بنجاز هذا ركنٌ واحد من مضمون الفصل المعقود ، وقد بينا أن مضمونه ثلاثة أركان . وهذا الذي مضى ركن .

٩٠٦٥- الركن الثاني في تفصيل القول في المدخول بها وغير المدخول بها في الأغراض التي تُجرى بها ، فإذا قال لامرأته المدخول بها : إن طلقتك ، فأنت طالق ، أو إذا طلقتك ، أو متى ، فإذا طلقها ، انتجز ما نجزه ، ووقع/ الطلاق الذي علَّقه^{٤٧} بالتطبيق ؛ إذ قال : إن طلقتك ، فأنت طالق .

٩٠٦٦- ثم هذه الألفاظ ، وهي (إن) و (إذا) و (متى) و (متى ما) و (مهما) ليس فيها اقتضاء التكرار ، وإنما فيها عموم [الزمن]^(٣) ، ثم اليمين تنحل بمرة واحدة ،

(١) في الأصل : حملة .

(٢) كذا . والسياق واضح على أية حال .

(٣) في الأصل : الزمن .

ولا أثر لهذا ، والطلاق ثلاث ، وإنما يظهر أثر ما نقول في العتاق ، فإذا قال : « مهما أعتقت عبداً من عبيدي ، فبعد آخر معه حرّ » ، فإذا أعتق عبداً ، عتق عبداً ، ولو أعتق بعد ذلك عبداً لم يعتق عبداً آخر بحكم التعليق المقدم ، فإن اليمين انحلت بالكرّة الأولى .

والصيغة المقتضية للتكرار في العربية قول القائل : « كلما ضربتك ، فأنت طالق » فإذا ضربها ، طلقت ، ثم لو ضربها مرة أخرى ، طُلِّقت طلقة أخرى ، وكذلك حتى تستوعب الطلقات ، ولو كانت أعداد الطلاق أكثر من الثلاث ، لاسترسلت كلمة (كلما) على جميعها .

٩٠٦٧- ولو قال لامرأته التي لم يدخل بها : إن طلقتك ، أو إذا طلقتك ، فأنت طالق ، فإذا طلقها ، انتجز ما نجّز ، ولم تلحقها الطلقة المعلقة ، والسبب فيه [أنها تبين]^(١) بالطلاق [المنجز]^(٢) ، وإذا بانّت ، لم يلحقها طلاق ثانٍ مع البينة ، وهذا متفق عليه ، وتعليقه بين .

وقد يتصل به سؤال وجواب عنه ، وبهما يحصل الغرض .

فإن قيل : إذا قال الرجل لامرأته^(٣) التي لم يدخل بها أو^(٤) للمدخل بها : إذا دخلت الدار ، فأنت طالق ، فالطلاق متى يقع ؟ قال قائلون : الطلاق يترتب على دخول الدار ؛ فإن الفاء تقتضي التعقيب والترتيب ، فليترتب الطلاق على الدخول ، ونقول : دخولٌ والطلاق بعده ، كما يترتب عتق القريب المشتري على حصول الملك .

وقال المحققون : يقع الطلاق مع الدخول ، لا قبله ولا بعده ، وأما المصير إلى أن الفاء تقتضي التعقيب والترتيب ، فهذا لا ننكره من معناه ، ولكنه ترتّب اللفظ في هذا المقام ، وليس الغرض تأخير وقوع الطلاق عن الدخول ، وإنما الغرض تطبيق التطبيق

(١) في الأصل : أنها إذا نبّين .

(٢) زيادة من المحقق اقتضاها السياق ، وتوضيح العبارة .

(٣) ساقطة من الأصل .

(٤) في الأصل : وللمدخل .

على الدخول ، غير أن الفاء تُستعمل جزاءً والجزاء ينتظم كذلك ، وإلا فلا يستريب ذو عقل أن غرض الناطق تطبيق الطلاق على الدخول ، حتى كأن الدخول علته .

وإذا قال القائل : صيغة الجزاء تتضمن تعقيماً أيضاً ؛ فإن الرجل إذا قال : إن جئني ، فأنا أكرمك ، تضمن هذا ترتب الإكرام على المجيء .

قلنا : إذا كان الجزاء فعلاً ينشأ ويكون مربوطاً [بالشرط]^(١) ، فمن ضرورة وقوع الفعل أن يترتب ، وليس كذلك وقوع الطلاق ؛ فإنه حكمٌ لا يمتنع تقدير حصوله على الاقتران ، بل لا يمتنع تقدير حصوله متقدماً ؛ فإنه لو قال : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، قبل [دخولك]^(٢) بيوم ، أمكن تقدير الوقوع كذلك ، وهذا جزاءٌ متقدم على الشرط ، غير أن وجه انتظام الجزاء فيه يرجع إلى نسق اللفظ ، ثم الجزاء مرتبط بالشرط على معنى أنه لا يحصل دونه ، فإن قرن ، اقترن ، وإن قُدم ، تقدّم ، وهذا منتظم من طريق اللفظ ، ولكن شواهد الحكم/ في المذهب تدل على الوقت ، وآية ذلك أن الرجل المريض إذا قال : إن أعتقت سالماً ، فغانم حرّاً ، ثم أعتق سالماً في مرضه ، فإن وقى الثلث به فحسب ، عتق سالم فحسب ، وهذا يدل على ترتيب العتق في غانم على سالم .

ولو قال : أعتقتكما ، ازدحما على الثلث ، ومما يدل على الترتيب أنه إذا قال لامرأته التي لم يدخل بها : إذا طلقتك ، فأنت طالق ، ثم طلقها ، وقع ما نَجَزَه ، ولم يلحقها الطقة المعلقة ، وهذا لا يخرج إلا على أصل الترتيب ؛ فإننا لو قدرنا وقوع المعلق مع وقوع المنجز ، لم يبعد الحكم بوقوعهما ، والمصير إلى أنها بانّت بهما ؛ فإن قيل : لا يلحقها الطلاق المعلق ، دل هذا على ترتب المعلق في وقوعه على المنجز ، وهذا يشعر بترتب كل طلاقة على الصفة ، وهذا بالغ في الإشكال ؛ فإن الذي يقتضيه اللفظ ما ذكرناه من الجمع ، والذي يقتضيه مذهب الفقهاء الترتيب ، وما حكيت في ترتب الوقوع على الدخول ، وفي وقوعه معه نقلته من كلام الأصحاب . ثم لم يختلفوا أن التي لم يدخل بها لا تطلق الطلاقة المعلقة على التطبيق المنجز ،

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في الأصل : دخوله .

وإن كان يظنّ ظانّ أن الترتب من آثار الفاء ، قيل له : هذه المسائل لا تختلف أحكامها بأن تذكر الفاء فيها أو لا تذكر ؛ فإن الرجل إذا قال لامرأته التي لم يدخل بها : إذا طلقته فأنت طالق ، فحكم هذا ما قدمناه : من أنه إذا طلقها لم يلحقها الطلاق المعلق ، ولو قال : أنت طالق إذا طلقته ، فلا (فاء) والجواب كما مضى ، فإذا طلقها انتجز ما نجّز ، ولم يقع ما علّق ، ولعلنا في الفروع نعود إلى مزيد مباحثة في ذلك .

٩٠٦٨- والقدر الذي هو غرض الفصل أنه إذا قال للتي لم يدخل بها : إذا طلقته ، فأنت طالق ، أو أنت طالق إذا طلقته ، فإذا طلقها وقع ما نجّز ، ولم يلحقها ما علّق . وكذلك قال الشافعي : إذا قال لامرأته التي دخل بها : إذا طلقته ، فأنت طالق ، ثم خالها أو طلقها على مالٍ ، نفذت بينونة الخلع ، ولم يلحقها الطلقة المعلقة ؛ فإن المختلة لا يلحقها الطلاق عندنا كالبائنة قبل الميسس ، فالبينونة بالخلع في منافة لحقوق الطلاق كالبينونة لعدم العدة في حق التي لم يدخل بها .
هذا بيان هذا الركن .

٩٠٦٩- والركن الثالث من مضمون الفصل متصل بما نجّزناه الآن ، وهو القول في تعليق الطلاق وتسمية التعليق تطليقاً ، فإذا قال لامرأته المدخول بها : إذا طلقته فأنت طالق ، ثم قال لها : إذا دخلت الدار فأنت طالق . فإذا دخلت الدار ، طلقت بالدخول ، وطلقت بالتعليق الأول على التطليق ، والمقصود من ذلك أنه قال أولاً : إذا طلقته ، فأنت طالق ، وقال بعد ذلك : إذا دخلت ، فأنت طالق ، فصار تعليق الطلاق بالدخول مع الدخول بمثابة تنجيز التطليق بعد التعليق الأول .

ولو قال لها/ أولاً : إذا دخلت الدار ، فأنت طالق ، ثم قال بعد ذلك : إذا طلقته ٤٨ ي فأنت طالق ، فدخلت الدار ، فوقع الطلاق بوجود الصفة ، فإنها لا تطلق بسبب قوله إذا طلقته ، فأنت طالق ؛ فإنه لم يطلقها بعد هذا القول ، ولم ينشئ التعليق بعد هذا القول أيضاً ، بل جرى التعليق بالدخول متقدماً على قوله : إن طلقته .
فانتظم من مجموع هذا أنه إذا قال : إذا طلقته ، فأنت طالق ، ثم نجّز

[هكذا]^(١) بعد هذا ، وقع ما نَجَز وما عُلِق بالتطليق .

ولو أنشأ تعليقاً بعد قوله : إن طلقته ، فنفس التعليق لا يكون تطليقاً ، ولكن إذا وجدت الصفة ، وقد جرى التعليق بعد قوله : إن طلقته ، كان التعليق مع الوقوع بمثابة التطليق من بعد .

ولو قال : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، ثم قال : إذا وقع عليك طلاقى فأنت طالق ، فإذا دخلت الدار ، طلقت بالدخول ، وطلقت بتعليق الطلاق بالوقوع ، فإنه علق لحوق الطلاق بوقوع الطلاق لا بالتطليق ، وهذا بين .

ومما نجره متصلأ بهذا أنه إذا قال لها : إن أوقعت عليك طلاقى ، فأنت طالق ، ثم قال : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، فدخلت الدار ، لحقها طلاقان كما قدمنا . وهو كما لو قال : إن طلقته ، فأنت طالق ، ثم علق الطلاق من بعد .

٩٠٧٠- ووجدت للعراقيين أنهم قالوا : إذا قال للمرأة المدخول بها : إذا أوقعت عليك طلاقى ، فأنت طالق ، ثم قال لها بعد ذلك : إن دخلت الدار فأنت طالق ، فدخلت الدار ، طُلِّقت بدخول الدار ، ولم تطلِّق بسبب قوله السابق : « إن أوقعت عليك طلاقى » طُلِّقة أخرى ، وكأنهم قد رأوا أنه إذا علق طلاقها ، فهذا لا يكون إيقاع طلاق عليها ، وإنما يتحقق الإيقاع [بالتنجيز]^(٢) ، من غير توسط سببٍ وتعليق وهذا مردود في قول المرازقة ، باطل قطعاً على قياسهم ، وكنت أحسب هذا خللاً واقعاً في نسختي ، ثم طالعت نسخاً ومجموعات وتعليقاتٍ معتمدةً ، فوجدت الأمر مثبتاً على هذا النسق . فإن كانوا يقولون ما يقولون فيه إذا قال للمدخول بها : إن أوقعت عليك طلاقى ولا [يقولونه]^(٣) فيه إذا قال : إذا طلقته ، [فالفرق]^(٤) بين التطليق وإيقاع الطلاق عسر .

وإن عَمَّمُوا هذا في الإيقاع والتطليق ، فهو خروج عما عليه الفقهاء ؛ فإن التعليق

(١) في الأصل : هكذا .

(٢) في الأصل : بالتنجز ، وواضح أن الفعل نَجَز .

(٣) في الأصل : ولا يقولون .

(٤) في الأصل : والفرق .

على الاختيار تطبيقاً في اللسان ، فإذا قال الرجل لامرأته : « إن قمت ، فأنت طالق » فقامت وطلّقت ، يقال : طلق فلان زوجته ، وهذا لا سبيل إلى إنكاره .

٩٠٧١- ومما نذكره في هذا الفصل أنّ (كلّما) كلمة تتضمن التكرار [في العربية]^(١) بخلاف (متى ما) و(مهما) فإنهما يعمّان الأزمان ولا يقتضيان التكرار ، فإذا قال لامرأته المدخول بها : كلما وقع عليك طلاقي ، فأنت طالق ، ثم طلقها طلقت ثلاثاً ؛ فإنه يقع عليها بالتنجيز طلاق ، وبالتعليق السابق طلاق ، ثم يتكرر ، ولو زادت أعداد الطلاق على الثلاث لاستوعبتها/ الكلمة ، وتضمنت وقوع جميعها . ٤٨ ش

٩٠٧٢- وذكر الأصحاب فرعين هذبوا بهما أصليين : أحدهما - معنى التكرار المتلّقى من قول القائل كلّما .

والثاني - يتضمن تمهيد تأخر التعليق وتقدّمه ، والفرق بينهما إذا قال : إن طلقتك فأنت طالق .

٩٠٧٣- فأما الفرع الموضح لمعنى التكرار ، فإذا كان للرجل أربع نسوة وعبيد ، فقال : كلما طلقت واحدة منكن ، فعبدٌ من عبيدي حرّ ، وكلما طلقت ثنتين منكن ، فعبدان من عبيدي حرّان ، وكلما طلقت ثلاثاً منكن ، فثلاثة أعبد من عبيدي أحرار ، وكلّما طلقتُ أربعاً ، فأربعة أعبد من عبيدي أحرار .

فالمسلك الحقّ في هذه المسألة : أنه عقّد أربعة من العقود بكلمة (كلما) وهي للتكرار ، فيتكرر العتق بتكرار كلّ عقد منها ، ولكن ما حُسب في مرّة لا يحسب هو ولا شيء منه في عقدٍ مماثلٍ له ، فإذا طلق واحدة ، حنث في يمين الواحدة ، وعتق عبداً ، فإذا طلق الثانية ، حنث في يمينين يمين الواحدة ، فإنها على التكرار ، ويمين الاثنين ؛ لأنه لما طلقها صار مطلقاً لواحدة أخرى سوى الأولى ، وصار مطلقاً بتطبيقها ثنتين ، فيعتق إذاً ثلاثة أعبد سوى ما تقدم : عبداً بتطبيقه الثانية وهي واحدة ، وعبدان بسبب تحقق طلاقين على امرأتين ، فقد عتق من العبيد أربعة .

(١) في الأصل : التكرار والعربية .

فإذا طلق الثالثة ، حنث في يمينين : يمين الواحدة ويمين الثلاث ؛ لأنه بتطليقها صار مطلقاً واحدة أخرى ، وكلمة (كلما) للتكرار ، وصار محققاً تطليق الثلاث ؛ لأن هذا مع الأوليين قبلها ثلاث ، فيعتق الآن أربعة أعبد سوى ما تقدم : واحد بالحنث الواقع بتطليق الواحدة ، وثلاث بتطليق الثلاث ؛ فيكمل العتق في ثمانية . ولا يحنث في يمين الاثنين مرة أخرى ، لأن الثانية التي قبل الثالثة حسبت في يمين الشتين مرة ، فلا تحسب في يمين الشتين مرة أخرى ؛ فإن هذا يؤدي إلى تكرير الحنث مراراً ، مع اتحاد صنف اليمين ، ومحلّ اليمين . فإذا طلق الرابعة ، حنث الآن في ثلاث الأيمان : يمين الواحدة ، ويمين الأربع ؛ لأنه حقق طلاق الأربع ، وحنث في يمين الشتين مرة أخرى ، لأن الرابعة مع الثالثة ثنتان ، فيعتق سبعة عبيد ، ويكمل الذين عتقوا خمسة عشر ، ولا يحنث مرة أخرى في يمين الثلاث ؛ لأن الثالثة والثانية حسبتا في يمين الثلاث ، فلا يحسبان مرة أخرى في يمين الثلاث ؛ لأن ما حسب في عقد لا يحسب في عقد مثله .

وهذا كما لو قال لها : كلما دخلت الدار ، فأنت طالق ، فإذا دخلت الدار مرة طلقت ، فإذا دخلت ثانية طلقت طلقةً واحدةً ، ولا يقال : تطلق طلقتين طلقةً بهذه الدخلة وطلقةً بالدخلة الأولى ؛ لأن الدخلة الأولى حسبتها ، فلا نحسبها في مثلها مرة أخرى .

٤٩ ي وإذا طلق النسوة الأربع دفعة واحدة ، عتق من العبيد خمسة/ عشر ؛ إذ لا فرق بين أن نجمع تطاليقهن ، وبين أن نرتبه ، فحكم اللفظ ومقتضى التكرار لا يختلف .
هذا هو المذهب الذي عليه التعويل .

ومن أصحابنا من قال : إذا طلق الثالثة يحنث في يمين الشتين مرةً أخرى فيبلغ مجموع الذين يعتقون سبعة عشر .

وهذا غلط صريح ، وإن كان مشهوراً ؛ لأننا لو حنثناه بالثالثة في يمين الشتين ، لزم أن نحنثه أيضاً بالرابعة في يمين الثلاث ، ونحكم عليه بعتق عشرين عبداً ، وهذا لا قائل به .

٩٠٧٤- وكل ما ذكرناه إذا قال : كلما طلقت ، فعَدَّ الأيمان بكلمة (كلما) ، فأما إذا قال : إن طلقت واحدة من نسائي ، فعبد من عبيدي حر ، وإن طلقت ثنتين ، فعبدان حران ، وإن طلقت ثلاثاً ، فثلاثة من عبيدي أحرار ، وإن طلقت أربعاً ، فأربعة من عبيدي أحرار .

فإذا طلقهن ترتیباً أو جمعاً عَتَقَ من عبيده عشرة ، فلا ننظر إلى عدد الأيمان ومعقود كل يمين ، ولا يكرّر الحنث في واحدة منها ، فعدد الأيمان أربعة : يمين بواحدة ، ويمين باثنتين ، ويمين بثلاث ، ويمين بأربع ، فنأخذ مضمون الأيمان من غير تكرار ، فيبلغ عشرة .

وفي بعض التصانيف ذكر صيغ هذه الأيمان بكلمة كلما ، والجواب فيها أنه يعتق عشرة من العبيد ؛ فهذا غلط صريح لم أذكره ليلحق بالوجوه البعيدة ، ولكن سبب ذكره التنبيه على أن هذا من عثرات الكتاب ، وما ذكره جواب الأيمان المعقودة ، (بأن) و (متى) و (متى ما) ؛ فإن هذه الكلمة لا تتضمن التكرار .

فأما إذا كانت الكلمة متضمنة تكراراً ، فلا تنحلّ اليمين بالواحدة بأن يطلق واحدة ، وكذلك القول في الثنتين .

٩٠٧٥- فخرج من مجموع ما ذكرناه أن معنى التكرار أن لا نحلّ يميناً بحنث في مثله ، ولكن لا نحسب شيئاً واحداً مرتين في يمينين متماثلين .

وإذا اختلفت صيغ الأيمان ، فحينئذ يحسب النسوة عن جهاتٍ في الأيمان المختلفة .

فهذا فرعٌ مهذّبنا به أصل التكرار .

٩٠٧٦- فأما الفرع الثاني ، فإننا نمهدّ به معنى تقدم التعليق وتأخره .

فإذا كان للرجل امرأتان حفصة وعمرة ، فقال : مهما طلقت عمرة ، فحفصة طالق ، ثم قال : مهما طلقت حفصة فعمرة طالق ، ثم إنه بدأ بحفصة وطلقها ، فتطلق بالتنجيز وطلقت عمرة بالحنث ؛ لأنه علّق طلاق عمرة بتطبيق حفصة ، وعادت طلاقة على حفصة ؛ لأنه علّق طلاق حفصة بطلاق عمرة في الابتداء ، لما قال : مهما طلقت

عَمْرَة فحفصة طالق ، وقد طلق عمرة بعد هذا بأن علق طلاقها بتطليق حفصة ، ثم نجّز تطليق حفصة .

وقد ذكرنا أن التعليق إذا اتصل به الوقوع ، كان تطليقاً .

ولو بدأ بعمره وطلقها ، طُلِّقَت بالإيقاع والتنجيز ، وطلقت حفصة بالحنث ؛ لأنه ش ٤٩ علق طلاقها بطلاق عمرة ولا تعود طلقة على عمرة ، وإن كان علق طلاقها بطلاق/ حفصة ؛ لأن هذا [وقع] ^(١) على حفصة بحكم تعليق طلاقها بطلاق عمرة ، وهو سابق على يمين عمرة .

وليس في هذه المسألة غائلة ، وإنما الذي فيها فهمُ التقدم والتأخر في التعليق ، وسبب ما فيها من أدنى تعقيد أن المبتدئ ينظر إليها ، فيرى تطليقاً وتعليقاً ، فيلتبس عليه معنى التعليق لذكره مع التطليق .

وبيان ذلك أنه إذا قال لعمرة : إذا طلقتك ، فحفصة طالق ، فهذا تعليق طلاق حفصة ، وإن خوطبت عمرة بالتطليق . وإذا قال لحفصة : إذا طلقتك ، فعمرة طالق ، فهذا تعليق طلاق عمرة ، وإن خاطب بالتطليق حفصة ، فليفهم الفاهم التعليق ، ولينظر إلى تقدمه وتأخره .

٩٠٧٧- ومما ذكره الأصحاب في اختتام هذا الفصل أنه إذا قال لامرأته : إن لم أطلقك ، فأنت طالق ، أو إن طلقتك ، فأنت طالق . فهذا تعليل في موجب العربية ، ومن ذكر [لفظاً] ^(٢) الطلاق وعَلَّله ، وقع الطلاق ، ولم ينظر إلى العلة كانت أو لم تكن ، وتقدير الكلام : أنت طالق لأن لم أطلقك ، ثم اللام تحذف وتستعمل ، هذه الكلمة كذلك في اللغة الفصيحة ، ولو استعمل هذا اللفظ من لا يَفْصِلُ بين أن وإن في العربية ، فهو محمول على التعليق ، وسنذكر هذا الأصل في الفروع ، إن شاء الله عز وجل .

(١) في الأصل : وقوع .

(٢) في الأصل : رسمت هكذا (للفظ) .

فصل في

قال : « ولو قال لامرأته : أنت طالق إذا قدم فلان فقدم به ميتاً ، [أو مكرهاً] . . . إلى آخره »^(١) .

٩٠٧٨- غرض الفصل بيان الإكراه والاختيار والعمد والنسيان ، ولكنه مفروض في صفة تجتمع فيها غوامض ، وينفصل باتضاعها قطب من الأقطاب . ونحن نقول في مفتتح الفصل :

٩٠٧٩- إذا قال القائل : والله لا أدخل الدار ، فحمل وأدخل الدار قهراً ، لم يحنث ؛ فإن هذا ليس بدخول ، ولو أمر حتى حمل وأدخل الدار حنث ؛ فإن هذا يسمى دخولاً ، وركوبه الأكتاف كركوبه دابةً ، وأمر الحاملين بالدخول به كإمالة العنان إلى صوب الدار ، ولو حمل وكان قادراً على الامتناع وأدخل الدار ، فلم يأمر ولم يزجر ، فهذا فيه تردد ، سيأتي مشروحاً في كتاب الأيمان ، إن شاء الله تعالى .

ولو حلف بالله لا يدخل ، فأكره حتى دخل بنفسه ، ففي حصول الحنث قولان : أحدهما - أنه يحنث ؛ لأنه دخل الدار .

والثاني - لا يحنث ؛ لأن فعل المكره كالمسلوب ، واختياره فيه موجوداً كالمفقود . ولو نسي يمينه ، فدخل الدار ، ففي حصول الحنث قولان ، وللأصحاب مسلكان في ترتيب النسيان على الاستكراه ، والاستكراه على النسيان ، وسيأتي ذكرهما في الأيمان .

والقدر الذي تمس حاجتنا إلى ذكره الآن أن سبب الخلاف في النسيان أن الناسي غير هاتك لحمة اليمين ، وليس بهاجم على المخالفة ، هذا هو المرعي .

فأما المكره ، فسبب الخلاف فيه قضاء الشرع بتضعيف اختياره ، ويتحقق فيه أيضاً عدم الانتساب إلى اعتماد الهتك .

(١) ر . المختصر : ٧٩/٤ . والزيادة بين المعقفين من نصه .

ي ٥٠ ومن نسي صومه [فأكل]^(١) ، لم يفطر / ، ومن أكره على الأكل ، فأكل ، ففي حصول الفطر قولان .

وهذه نبذة مست الحاجة إليها ، فذكرناها واستقصاء أصولها وفصولها في كتاب الأيمان .

٩٠٨٠- ونبتدىء بعد ذلك الكلام في الطلاق ، فنقول : إذا علق الرجل الطلاق بصفة ، فلا يخلو إما [أن]^(٢) يعلقه بصفة تصدر منه ، وإما أن يعلقه بصفة تصدر من المرأة ، وإما أن يعلقه بصفة تصدر من أجنبي :

فإن علق الطلاق بصفة تصدر منه ، فالمذهب الصحيح أنه يجري فيه الخلاف في الإكراه والنسيان ، ولا خلاف أنه لو حُمل وأدخل كرهاً ، لم يقع الطلاق ، فلو نسي اليمين ، فدخل أو أكره حتى دخل بنفسه ، جرى في كل صورة من النسيان والإكراه قولان .

وكان القفال يقول : إنما يختلف القول في الإكراه والنسيان إذا كانت اليمين بالله ، فالتعويل في اليمين بالله على تعظيم اسم الله تعالى ، والتعويل في تعليق الطلاق بالصفات على وجود الصفات على أي وجه فرضت .

وهذا مختص بالقفال . والأصحاب على طرد الخلاف في الباب ، والسبب فيه أن الغرض في اليمين بالطلاق الامتناع عن أمر ، فإذا كان قصد اليمين هذا ، فقد يتوهم خروج النسيان والاستكراه عنه . وهذا يجري مطرداً في اليمين بالله تعالى ، وفي اليمين بالطلاق والعتاق ، والدليل عليه أن الإكراه على الطلاق بمثابة الإكراه على اليمين بالله . وإذا فرض الإكراه في سبب الحنث ، فوجه تضعيف الاختيار في سبب الحنث بالطلاق في الطلاق كوجه تضعيفه في سبب الحنث في اليمين بالله تعالى ، والدليل عليه أن من حلف لا يدخل الدار ، لم يعص بالدخول ، ولم تؤثر اليمين عندنا في تحريم ما كان مباحاً قبل اليمين ، فلا انتساب إذاً إلى هتك الحرمه والشرع لا يحظر المخالفة ، فالذي

(١) في الأصل : فالحل .

(٢) سقطت من الأصل .

ذكره القفال إنما [يستدّ]^(١) على مذهب أبي حنيفة^(٢) في مصيره إلى أن اليمين يحترّم الحلال .

هذا إذا كانت اليمين بالطلاق ومعقودةً على فعل الزوج .

٩٠٨١- فإن علق الطلاق بفعل المرأة ؛ فإن قال ذلك وهي لم تسمع ، ولم يقصد الزوج إسماعها اليمين حتى تنزجر - بسبب الطلاق - من الصفة المحلوف عليها - ، فالمذهب الأصح أن الطلاق يقع إذا دخلت الدار مكرهةً على الدخول ، وذلك أنه لم يعلق الطلاق بقصدها ، ولم يظهر [من]^(٣) تعليقه منعها من الدخول ، حتى يحمل ذلك على العمد ، فوجب الحمل على صورة الدخول . نعم ، لو حملت وأدخلت ، فهذا لا يسمى دخولاً ، فلا يقع الطلاق ؛ لأن الصفة لم توجد .

ومن أصحابنا من أجرى القولين في دخولها مكرهة ؛ لأن الإكراه على أحد القولين يضعف اختيارها ، ويلحقها - وإن دخلت - بالمحمولة المدخلة . وهذا فقيه حسن ، أورده القاضي واختاره ، ولا يمكن فرض النسيان في هذه الصورة ؛ فإن المسألة موضوعة فيه إذا لم يكن عندها علم [عن]^(٤) اليمين ، فإذا دخلت مختارة ، ولا علم عندها/ ، طلقت بلا خلافٍ .

٥٠ ش

هذا هو التفصيل فيه . إذا علق طلاقها ، وهي لم تشعر .

٩٠٨٢- فأما إذا علق طلاقها وهي تشعر ، فيظهر أنه يقصد أن يكون الطلاق مانعها من الدخول ، فإذا أكرهت ، فدخلت مكرهةً ، كان إجراء القولين في هذه الصورة أظهر من إجرائهما في الصورة الأولى .

ولو نسيت يمين الزوج ، جرى القولان على الأصح .

(١) في الأصل : « يستمر » وما أكثر ما تصحفت هذه الكلمة على الشُناخ .

(٢) ر . فتح القدير : ٥٦/٤ .

(٣) زيادة من المحقق .

(٤) في الأصل : من .

والقفال إذا كان لا يُجري القولين في فعل الحالف إذا نسي أو أكره ، فلا شك أنه لا يجريهما فيه إذا كان المعقود عليه فعل المرأة .

٩٠٨٣- فأما إذا كان المعقود عليه فعل أجنبي ، نظر : فإن جرى اليمين من حيث لا يشعر ، فلا يتصور فرض النسيان فيه ، ولكن إذا أكره ذلك الشخص ، فوجد منه متعلق الطلاق مكرهاً ، ففيه طريقان للأصحاب : أظهرهما عندنا - إجراء القولين لضعف الاختيار ، وتخيل التحاق فعل المكره بأحوال المحمول .

وإن شعر ذلك الأجنبي بيمين الحالف ، لم يخل إما إن كان ممن لا يُبالي بيمين الحالف ولا يزعج ذاك عن فعله ، أو كان ممن يمتنع بسبب حلف الحالف ، فإن كان ممن لا يمتنع بسبب حلف الحالف ، فلا يبالي ببرّه وحشّه ، فمثل هذا الشخص إذا بلغه خبر اليمين ، ثم نسيها ، فلا أثر للنسيان منه ؛ فإن الفرق بين الناسي والعامد إنما يظهر في حق من يمتنع في الذكر ، فيجوز أن يُعذر إذا نسي .

فأما المكره ، فالرأي عندنا طرد القولين فيه ؛ لما ذكرناه من تأثير الإكراه في سلب حكم الاختيار .

وإن كان ذلك الأجنبي ممن يرتدع ويمتنع بسبب يمين الحالف ، فإذا نسي ، اختلف مسلك الأصحاب ؛ من حيث لا تعلق للنكاح به ، ويتجه عندنا طرد القولين في النسيان .

ولو حلف الحالف بمشهد من زوجته ، وعقد على فعل زوجته ، ولم يقصد منعها ، وإنما أراد تعليق الطلاق على الصفة مهما وجدت ، فالوجه القطع بأن النسيان لا أثر له .

والضابط فيه أنه إن أسقط أثر النسيان بعدم العلم باليمين ، أو بعدم مبالاة المحلوف عليه بحلف الحالف ، أو يقصد الحالف التعليق على الصفة المجردة من غير قصد في المنع بسبب الطلاق ، فلا وجه لذكر الخلاف في النسيان . والقولان في الاستكراه جاريان .

هذا بيان هذه التفاصيل على القواعد المحققة .

٩٠٨٤- ونعود إلى ترتيب (السواد)^(١) فنقول : إذا علق طلاق امرأته بقدوم زيد ،
فقدم مختاراً ، قضينا بوقوع الطلاق .

وإن كان مكرهاً ، فعلى القولين .

وإن كان غير عالم باليمين ، ففيه التفصيل المقدم .

ولو أدخل البلدة محمولاً ، لم يقع الطلاق ، ولو رد إلى البلدة ميتاً ، لم يقع
الطلاق .

وهذا المذكور في السواد قسم من الأقسام التي استوعبناها .

٩٠٨٥- ثم قال : « ولو قال : إذا رأيته ، فرآه في تلك الحالة ، حنث... إلى
آخره »^(٢)

إذا قال لامرأته : إذا رأيت فلاناً فأنت طالق ، فرأته حياً أو ميتاً ، وقع الطلاق ،
ولسنا لتعليل البيّنات^(٣) ، وكذلك إذا رأته والمرئي نائم أو سكران ، ولو رأته في
المنام ، فهو حلم ، لا يقع به طلاق ، ولو رأته/ وهو في ماء ، والماء بلطفه يحكيه ، ٥١ ي
فالظاهر عندنا بوقوع الطلاق ، فإنه رؤي حقاً ، وصار الماء اللطيف بين الناظر
والمنظور إليه بمثابة أجزاء الهواء .

وحكى من يُعتمد عن القاضي أن الطلاق لا يقع ، وهذا لا اتجاه له ؛ فإن ما ذكرناه
رؤية في الإطلاق والعرف والحقيقة ، وهو انكشاف في وضع الشريعة ، ولهذا جعلنا
الواقف في الماء اللطيف الذي يحكي العورة عارياً ، وقضينا بأن صلاته لا تصح ، فلا
وجه إلا ما ذكرناه .

نعم ، إذا نظر في المرأة وخطر من ورائه من حلف على رؤيته ، فترأى له ذلك
الخطر في المرأة ، أو في الماء ، فهذا فيه احتمال . وإن كان ذلك المرئي في الحقيقة

(١) السواد : المراد به مختصر المزني .

(٢) ر . مختصر المزني : ٧٩/٤ .

(٣) البيّنات : أي الواضحات التي لا تحتاج إلى تفسير وتسيب .

مرئياً ، ولكن سبب التردد العرف وإطلاق أهله بأني لم أر فلاناً ، ولكنني رأيت مثاله في المرأة .

ولو قال لامراته ، وهي عمياء : إن رأيت فلاناً ، فأنت طالق ، فالمذهب أن هذا لغو فيها ؛ فإن الطلاق معلق بمستحيل ، فلا يقع .

ومن أصحابنا من جعل قوله : إن رأيت فلاناً بمثابة قوله : إن رأيت الهلال ، ثم رؤية الغير تقوم مقام رؤيتها ، غير أنا نفعل هذا في مسألة الهلال ؛ حملاً للرؤية على العلم ، ومن سلك هذا المسلك في رؤية زيد وعمرو ، لم يكتف بالعلم بوجود من علقت اليمين به ، ولكنه حملة على أن يحضر عنده ، ويقرب منه ، ويجلس منه مجلس المخاطبة ، وهذا محمول على قول الضرير قد رأيت اليوم فلاناً ، وأحطت بما عنده ، والمراد أنني حضرته وشهدته .

ثم لو رآته وهي مجنونة أو سكرانة ، وقع الطلاق ؛ لأن رؤية السكرانة والمجنونة صحيحة .

٩٠٨٦- وألحق الأصحاب مسائل بهذا الفن منها : أنه لو قال لها : إن مسست فلاناً ، فأنت طالق فمسته حياً كان أوميتاً ، طُلِّقت ، ولو كان بين البشريتين حائل ، لم تطلق .

وقد ذكرنا تردداً في أن لمس شعر المرأة هل يوجب نقض الطهارة ؟ وفي مسّ الشعر تردد لبعض الأصحاب ؛ فإن مسألة الملامسة متلقة من ظاهر الكتاب ، والتصرف فيها متعلق بصيغ الألفاظ ، والوجه عندنا القطع في اليمين بأن الحنث لا يحصل .

ولو قال : إن ضربت فلاناً فأنت طالق ، فضربته حياً ، وقع الطلاق ، ثم الذي ذهب إليه معظم الأصحاب أنا نشترط ألماً ، وإن لم يكن مبرحاً شديداً ، وذهب طوائف من المحققين إلى أن الألم ليس بشرط ، والضرب يحصل بصدمة وإن كانت لا تؤلم ، ورب شخص يُضرب مجتمع اللحم منه بجمع كفك ، فيلتذّ به التذاذ المغموز بالغمز ، وهذا ضرب ، ولو وُضِعَ حجراً ثقيلاً على عضوٍ - من ذلك المعين - ضعيف ، فانطحن تحته ، فهذا إيلام ، وليس بضرب .

ولو ضربته ميتاً ، لم تطلق ؛ فإن الضرب المطلق في العرف لا يحمل على ضرب الميت .

والذي أطلقته من الصدمة لا ينبغي أن يعتمد الإنسان مُطلقها ؛ فإن من ضرب أنملةً على إنسان لا يتصور أن يقع بمثله إيلاء ، لم يتعلق بها برٌّ ولا حنث ، فالمحْكَم إذا ما يسمى ضرباً ، وهو صدمٌ بما يفرض منه وقوع الألم ، حصل الألم أو لم يحصل / . ٥١ ش
ولو قال : إن قذفت فلاناً ، فأنت طالق ، فقذفته حياً أو ميتاً ، طُلقت ؛ لأن قذف الميت كقذف الحي إطلاقاً ، وحكماً .

ولو قال : إن قذفت فلاناً في المسجد ، فأنت طالق ، فالشرط في حصول الحنث أن تكون القاذفة في المسجد . هكذا قال الأصحاب .

ولو قال : إن قتلت فلاناً في المسجد ، فالشرط أن يكون المقتول في المسجد ، والفرق أن نفس القذف يُجْتَنَب في المسجد ، ولا يفهم من إضافة القذف في المسجد إلا كون القاذف في المسجد ؛ فإن هتك حرمة المسجد بإنشاء القذف فيه . وإذا أضيف القتل إلى المسجد ، فهم من مُطلقه [إيقاعه]^(١) بالمقتول وهو في المسجد .

هذا ما ذكره الأصحاب . ولم يحملوا القتل في المسجد على كون القتل في المسجد بتأويل أن يرمى إلى ذلك المعين أو يناله برمح والقاتل في المسجد والمقتول خارج المسجد ، والأمر على ما ذكره ، واللفظان مطلقان .

فأما إذا قال : أردت بالقذف في المسجد كَوْنُ المقدوف في المسجد ، وأردت بالقتل في المسجد كون القاتل في المسجد ، فهل يقبل ذلك منه ظاهراً ؟ هذا فيه احتمال بين وتردُّد ظاهر ؛ من قبل أن قوله في المسجد ظرفٌ متردد بين القاذف والمقدوف ، والقاتل والمقتول ، وهو في محض اللغة الفصحى صالحة لهما .

والذي ذكرناه في الإطلاق موجب العرف تلقياً من الهتك ، فإذا فسّر لفظةً بما يصح على اللسان^(٢) ، وينطبق على اللغة ، وجب أن يكون في قبوله خلاف ، وهذا من

(١) في الأصل : إيقاع .

(٢) يصح على اللسان : المراد تداول الألسنة والعرف .

أصول الكتاب ، فمن خالف اللغة إلى ما لا يبعد انسياغه في العرف ، كان في قبوله ظاهراً خلاف ، ومن خالف العرف إلى ما يوافق اللغة ولا يبعد بعداً كلياً عن العرف ، ففي قبول تفسيره خلاف .

وإذا أكثرنا المسائل في الظاهر والباطن ، وحصل الأنس بها ، هان ضبطها في الآخر .

٩٠٨٧- ثم قال : « ولو حلف لا تأخذ مالك عليّ . . . إلى آخره »^(١) .

إذا قال : إن أخذت مالك عليّ ، فامرأتي طالق ، فإذا أخذه ، وقع الطلاق ، سواء أعطاه الحالف ، فأخذه ، أو أخذه قهراً من غير إعطاء منه ، وكذلك لو أجبره السلطان فأعطى فأخذه مختاراً ، أو أخذه السلطان من ماله وسلمه إليه ، فإذا أخذه على اختيار ، وقع الطلاق ، والتعويل على أخذه كيف فرض .

ولو كان عليه دين ، فقال من عليه الدين : إن أخذت مالك عليّ ، فأخذه قهراً - ولا امتناع ممن عليه الدين - فلا يكون هذا أخذاً لماله رجعةً ، فلا يقع الطلاق إلا حيث يكون راجعاً إلى حقه ، وهو في الصورة التي ذكرناها غاصبٌ ، واليمين معقودةٌ على أن يأخذ ماله .

ولو أجبره السلطان ، فأخذ ماله - والأولى فرض ذلك فيه إذا كان عيناً من الأعيان - فإذا كان مجبراً على الأخذ ، ففي وقوع الطلاق قولان مذكوران في المكره على ما تفصّل .

ولو قبض السلطان حقه قهراً ، حيث يجوز للسلطان ذلك ، فهذا يحل محل أخذه ي ٥٢ حكماً ، ولكن لا يحصل الحنث ؛ فإن التعويل في الأيمان على الأسماء / والإطلاقات ، لا على الأحكام .

ولو حلف لا تأخذ مني مالك عليّ ، فإن أعطاه مختاراً ، فأخذه حنثٌ ، ولو أخذ السلطان ماله وسلمه إلى مستحقه المحلوف عليه ، فلا حنثٌ ؛ لأنه حلف لا تأخذ مني ، وهذا ليس أخذاً منه .

ولو أجبره السلطان على التسليم ، ففي هذا نظر [يبين]^(١) بتقديم أمرٍ عليه ، وهو أن مستحق الحق لو سلبه من الحالف ، وقد حلف لا تأخذ مني ، فالظاهر عندنا أن الطلاق يقع . وفي كلام القاضي ما يدل على أن الطلاق لا يقع ، وفيه على حال إخاله واحتمال ؛ فإن الإنسان إنما يقول : أخذت مني إذا كان عن طوعية من المعطي ، وإن لم يكن ، يقال : سلبت مني .

وهذا بعيدٌ والوجه ما قدمناه .

قال القاضي : لو أجبر السلطان الحالف على التسليم ، فعلى قولين ، وهذا بناء على اشتراط الاختيار في الإعطاء ، ونحن لا نرى هذا أصلاً ، والتعويل على أخذ المحلوف عليه من يد الحالف أعطى أو لم يُعط ، رضي أو كره .

ولو حلف لا يعطيه ، فأعطاه مختاراً ذاكراً ، حنث ، ولو كان مكرهاً أو ناسياً ، فعلى الخلاف ، ولو أخذه السلطان وسلمه إلى صاحب الحق ، فلا حنث . ومن أحكم الأصول ، هانت عليه المسائل .

٩٠٨٨- ثم قال : « ولو قال : إن كلمته ، فأنت طالق... إلى آخره »^(٢) .

إذا قال لها : إن كلمت فلاناً ، فأنت طالق ، فكلمته بحيث يسمع ، وسمع ، وقع الطلاق . وإن لم يسمع لعارض لفظ^(٣) ، وذهول في المكلّم ، فقد قال الأصحاب : يقع الطلاق ، وفي هذا نظر سننكس عليه به ، إن شاء الله .

ولو كان المكلّم أصمّ ، فكلمته على وجه لا يسمعه الصم ، ويسمعه من لا صمم به ، فقد ذكر الأصحاب وجهين : أحدهما - أن الطلاق يقع ؛ فإن هذا يسمى تكليماً ، وليست اليمين معقودة على الإسماع .

والوجه الثاني - أن الطلاق لا يقع ؛ فإن ما جرى ليس تكليم الصمّ ، فهو في حقه بمثابة همسٍ لا يسمعه السميع .

(١) في الأصل : بين .

(٢) ر . المختصر : ٧٩/٤ .

(٣) كذا ، والمراد : لفظٌ عارض يشوش على المكلّم .

واللفظ الذي ذكرناه يتفصل - بعد الإحاطة بفصل الأصم - فإن كان اللفظ بحيث لا يتصور أن يسمع معه وإن جرد المكلم قصده في الدرك والإصغاء ، فهذا فيه احتمال مأخوذ من تكليم الأصم ، وإن كان اللفظ بحيث يتصور السماع معه ، لو فرضت الإصاخة والإصغاء ، لأمكن الإسماع ، فيجب القطع هاهنا بالحنث ؛ فإنه يقال : كلمته فلم يُصغ .

وقد ينقدح [في]^(١) هذا نظر في تكليم الأصم إذا كان وجهه إليه ، وهو أنه يعلم أنه يكلمه ، فالوجه هاهنا القطع بوقوع الطلاق ، وكذلك القول في مثل هذه الحالة ، والمانع اللفظ .

وإن كان كلمته على مسافة بعيدة لا يحصل الإسماع في مثلها ولم يحصل ، فلا يقع الطلاق ، ولو اختطفت الريح كلامها وسحلتها^(٢) في أذني المكلم ، فالظاهر أنه لا يقع الطلاق .

ولو كلمته ميتاً أو نائماً ، لم يقع الطلاق ، ولو هزت هي بالكلام ، لم يقع ش ٥٢ الطلاق ، وإن كان على صيغة تكليمه ، لأن هذا لا يسمى تكليماً . وإن سمي كلاماً .

ولو جئت ، فكلمته ، قال القاضي : يقع الطلاق ، وهذا يخرج على أنها لو أكرهت على التكليم هل يقع ؟ فإن قصد المجنون أضعف من قصد المكره ، وسنذكر في حصول الحنث مع الجنون كلاماً بالغاً في كتاب الإيلاء ، إن شاء الله .

ولو كلمته سكراناً أنبني أمرها على أنها كالصاحبة أم لا ؟ فإن جعلناها كالصاحبة ، وقع الطلاق ، وإلا فهي كالمجنونة ، ولو انتهت إلى السكر الطافح ، فهزت ، فهذيانها كهذيان النائم ، وسيأتي على الاتصال بهذه الفصول أحكام السكران .

(١) في الأصل : من .

(٢) سحلتها : أي صبته ، يقال : سحلت السماء أي صبّت الماء (معجم) ، والمعنى إذا كلمته من مسافة بعيدة ، لا يكون الكلام من مثلها ، ولكن الريح حملت كلامها إليه ، فلا يسمى تكليماً .

فَصَحْحُكَ

قال : « ولو قال للمدخول بها : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق... الفصل «(١)» .

٩٠٨٩- إذا قال لغير المدخول بها : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق ، وقعت عليها طلبة وبانت ، ولم تلحقها الثانية ، والثالثة ؛ فإن اللفظة الأولى مستقلة بإفادة الطلاق ، وليس ما بعدها تفسيراً لها ؛ فإن استقلت ، ثبت حكمها ، وحصلت البينة .

٩٠٩٠- وإذا قال للمدخول بها أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق ، وأتى بهذه الكلمات على الولاء ، وقعت الطلقة الأولى ، ونظرنا في الثانية والثالثة ، فإن زعم أنه نوى بهما الإيقاع ، حُمِلتا على الإيقاع ، وطُلت ثلاثاً ، وإن نوى باللفظة الثانية والثالثة تأكيد اللفظة الأولى ، قُبِلَ ذلك منه ، ولم [يقع] (٢) إلا واحدة .

فإن قيل : لم كان كذلك ، وكل لفظة مستقلة بنفسها في إفادة الطلاق والإشعار بمعناه ، فالثانية كالأولى ، والثالثة كالثانية ، والتمسك باللفظ أولى من التمسك بقصد يزيل فائدة اللفظ ؟ قلنا : التأكيد من القواعد التي لا سبيل إلى إنكارها وجحدها ، وهو من مذاهب الكلام ، ثم أصل التأكيد عند أهل العربية ثلاثة أقسام : الدرجة العليا من التأكيد لتكرير اللفظ ، وكأن الذي يكرره يبغى بتكريره شيئين : أحدهما - التوثق بإيصال الكلام إلى فهم السامع عند تقدير ذهوله وغفلته . والثاني - الإشعار بأن هذا اللفظ لم يسبق إلى لسانه ؛ فإنه إذا كرّره قطع هذا الوهم ، فهذا أم باب التأكيد ، وهو ممثل بقول القائل : رأيت زيداً زيداً ، ومررت بزيدٍ زيدٍ .

والمرتبة الثانية في التأكيد - تلي التكرار والإعادة ، وهو كقول القائل : رأيت زيداً نفسه .

(١) ر . المختصر : ٨٠ / ٤ .

(٢) في الأصل : يقعد .

والمرتبة الثالثة في التأكيد - الإتيان بألفاظ تؤكّد معنى ما تقدم ، وهو كقول من يريد التأكيد في عموم ، فيقول : رأيت القوم أجمعين ، ثم قد يتبعون هذه الكلمة بكلم لا يستقل مفردة ولا يشتق من معنى وهو كقوله : جاءني القوم أجمعون أكتعون أبصعون . فهذا مراتب التأكيد وأصلها التكرير ، كما ذكرنا ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أراد تحقيق أمرٍ كرّره ثلاثاً .

فإذا كان هذا أصل التأكيد ، وكل لفظة من الألفاظ التي ذكرها ليست مفردة في ي ٥٣ الذكر ، فإذا فسّرها بالتأكيد / ، والتأكيد أصل في نفسه ، والتكرير أصل التأكيد ، لزم قبول ذلك منه .

ولو أطلق هذه الألفاظ ، ولم يذكر أنه قصد الإيقاع أو التأكيد ، بل قال : لم يكن لي قصد ، ففي المسألة قولان : أحدهما - أنها محمولة على تجديد الإيقاع ، والثاني - أنها محمولة على التأكيد .

فمن حملها على الإيقاع ، فتمسكه باستقلال كل لفظة لو انفردت .

ومن حملها على التأكيد ، احتج بما مهدناه قبل من أنّ أصل التأكيد التكرير ، ومن أراد التجديد ، فالعبارات الجامعة للعدد معلومة ، وقصد التجديد بتكرير الكلم ليس أصلاً ، وقصد التأكيد بالتكرير أصل في بابه ، والأصل أنا لا نوقع من الطلاق إلا ما نستيقن .

٩٠٩١- ولو قال للتي دخل بها : أنت طالق وطالق ، لحقتها طلقتان ، ولا مساغ لقصد التأكيد في ذلك ؛ فإن المؤكّد لا يعطف على المؤكّد ، وحكم كل معطوف أن يكون مجدداً مستأنفاً حالاً محلّ المعطوف عليه في الفاصل والاستقلال .

ولو قال : أنت طالق وطالق ثم طالق ، فالألفاظ متغايرة ، والحكم وقوع الثلاث إذا كان مدخولاً بها ، وذلك ؛ لأن اللفظة الثانية معطوفة على الأولى ، فلا تصلح لتأكيدها ، واللفظة الثالثة متعلقة [بصلة]^(١) لم يسبق لها ذكر ، حتى يفرض فيها التكرير ، فاستقلت كلّ لفظة .

(١) في الأصل : بصلته .

٩٠٩٢- ولو قال : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق ، ثم زعم أنه أراد بالثانية طلاقاً بائناً مجدداً وأراد بالثالثة تأكيد الثانية ، فهذا مقبول ؛ فإن الثالثة على صيغة الثانية ، وليس بينهما حائل يمنع من التأكيد ، وهو متصل بالمؤكّد . ولو قال : أردت إيقاع الأولى والثانية ، وأردت بالثالثة تأكيد الأولى ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أن التأكيد على هذا الوجه باطل غير مقبول ، وإذا بطل التأكيد ، حُمل اللفظ على التجديد ، فيقع ثلاث طلاقات ؛ لأن من شأن ما يقع التأكيد به أن يكون متصلاً بالمؤكّد ، غير منفصل عنه ، وهو قد نوى باللفظة الثانية تجديد الطلاق ، وهي فاصلة بين الأولى والثالثة ، فامتنع من تخللها قصد التأكيد ، وإذا بطل التأكيد تعيّن التجديد .

والوجه الثاني - أن قوله مقبول ؛ فإن الغرض أن يؤكّد الطلاق السابق ، ولا يرجع التأكيد إلى اللفظ ، وإنما يرجع إلى معناه ، واللفظة الثالثة متصلة بوقوع الأولى ، والأولى والثالثة متشابهتان لا تتميز إحداهما عن الأخرى ، والأصح عند المحققين الوجه الأول .

٩٠٩٣- ولو قال : أنت طالق ، وطالق ، وطالق ، فيقع الطلقة الأولى والثانية وأما الثالثة ، فإنها على صيغة الثانية ، فإن أراد بالثالثة تأكيد الثانية ، قبل منه .

وفي هذا أدنى غموض ؛ لمكان واو العطف ، وانفصال اللفظ به عن اللفظ ، وقد ذكرنا أن التأكيد ينافي الانفصال ، ولكن لا خلاف أن قصده في التأكيد على ما ذكرناه مقبول ، وسببه أن اللفظة الثالثة تكرير اللفظة/ الثانية ، وقد ذكرنا أن أم التأكيد ٥٣ش التكرير ، والواو إذاً في الثالثة لا تكون عاطفةً ، وإنما هي تكرير الواو الأولى ، والكلمة بعدها تكرير الكلمة الثانية .

ولو أطلق ولم يقصد شيئاً ، وقعت طلقتان معطوفة ومعطوف عليها ، وفي الثالثة قولان ، كما قدمناه . ولو قال : أردت بالثالثة تأكيد الأولى ، لم يقبل منه وجهاً واحداً ؛ فإنه مخالف للفظ الأولى باتصالها بالواو ، فلا يصلح للتأكيد .

٩٠٩٤- ولو قال : أنت طالق طالق طالق ، وزعم أنه قصد التأكيد ، لم يقع إلا واحدة .

فإن قيل : الكلمة الثانية ليست مصدرية بالضمير ، وكذلك الثالثة ، والأولى مصدرية بالضمير ؟ قلنا : هذا لا أثر له ؛ فإن التأكيد يتعلق بالطلاق ، ولا فاصل بين الألفاظ .
ولو قال : « أنت طالق طالق أنت طالق » ، فالتأكيد يتطرق إلى الثانية مع الأولى ، واللفظة الثانية انفصلت عن الثالثة بإعادة الضمير ، ولا معول على هذا الفصل ، فإن هذا الضمير ليس عاطفاً ، حتى يقال : العطف يقتضي استئنافاً ، فأمر التأكيد متجه ، وإعادة الضمير محمول على التنبيه للتأكيد .

٩٠٩٥- وحكى صاحب التقريب نصاً للشافعي يكاد يخرم ما قدمناه من الأصل ، ونحن نحكيه على وجهه ، ونذكر تصرفه فيه ، ثم نعود إلى ترتيب الفصل ونستوعب أطرافه وبقاياه . قال : قال الشافعي : « لو قال : أنت طالق ، وطالق ، لا بل طالق ، فيقع طلقتان بقوله : أنت طالق وطالق » .

فلو قال : عَنَيْتُ بقولي « لا بل طالق » تحقيقاً ما مضى وتأكيده ، قال : قال : قال الشافعي يقبل ذلك منه . قال صاحب التقريب : جعل أصحابنا المسألة على قولين : أحدهما - هذا ، وهو بعيد عن القياس .

والثاني - وظاهر النص في المختصر - أنه يقع الثلاث ، كما لو اختلفت الألفاظ من وجه آخر ، مثل أن يقول : أنت طالق ، وطالق ، ثم طالق ، فإن الطلقات تتعدد إجماعاً .

ثم قال صاحب التقريب : هذا فيه إذا قال : لا بل طالق . فلو قال : « طالق وطالق بل طالق » من غير (لا) ، ففي المسألة طريقتان : من أصحابنا من قطع بوقوع الثلاث في هذه الصورة ، ومنهم من جعل المسألة على قولين ، كما قدمناه فيه إذا قال : لا بل طالق .

وهذا النص الذي حكاه صاحب التقريب حكاه العراقيون كذلك ، وإذا بعد الشيء ، استأنست بكثرة النقلة ، ولا شك أن الذي يقتضيه القياس [أن]^(١) يُحمل اللفظ

على التجديد وامتناع [حملة]^(١) على التأكيد ، ولا ينبغي أن يُغيّر أصل المذهب وقاعدته ، بما يجري نادراً من حكايات النصوص .

والذي يمكن توجيه النص به : أن (بل) يتضمن استدراكاً في مخالفة ما مضى ومضادته ، حتى إن كان الكلام الأول نفيًا ، كان (بل) إثباتًا ، وإن كان صَدْرُ الكلام إثباتًا ، كان (بل) نفيًا . هذا معنى الكلمة ووضعها ، فإذا قال أولاً : أنت طالق ، ثم قال آخرًا : لا بل طالق ، أو بل طالق ، فهذه الكلمة ليست على وضعها في اقتضاء المخالفة فضعفت/ ووهت ، وكانت كالساقطة المُطَرَّحة ، وهذا المعنى لا يتحقق في ٥٤ ي سائر التغيرات الحاصلة بالصّلات المختلفة ، وهذا لا بأس به .

على أن المذهب ما قدّمناه .

٩٠٩٦- ولو قال : « أنت طالق ، وطالق ، فطالق » وقعت الطلقات الثلاثة^(٢) .

فإن قيل الفاء كالواو في معنى العطف ، فهلاً جوزتم أن يكون اللفظ الثالث تأكيداً للفظ الثاني ؟

قلنا : الفاء عاطفة ، والعطف ينافي التأكيد وليست الفاء تكرير الواو ، فإذا امتنع التكرير في الفاء ، وجب إجراؤه على حقيقة العطف ، والعطف مقتضاه الاستئناف .

٩٠٩٧- وإذا أردنا نظم هذه المسائل المتفرقة تحت ترجمة ، قلنا : إذا تغيرت الألفاظ بصلات عواطف مختلفة ، فهي على التجديد .

وإذا لم يتخللها عواطف ، فهي بين التجديد والتأكيد : فإن قَصَدَ التأكيد ، قُبِلَ ، وإن قَصَدَ التجديد ، نَفَذَ . وإن أطلق ، فعلى الخلاف ، فإذا تخلل بين لفظين ما يمنع من التأكيد ، وقعت الثنتان ، وفي الثالثة ما ذكرنا من التفصيل ، فإن أكد بها الثالثة ، قُبِلَ ، وإن أكد الأولى ، فعلى وجهين قدما ذكرهما .

(١) في الأصل : لفظه .

(٢) كذا (الثلاثة) بالتأنيث ، وهو جائز صحيح ، لتقدم المعدود ، حيث تجوز الموافقة والمخالفة .

٩٠٩٨- ولو قال : أنت طالق طلقاً ، فطلقة ، نص على وقوع طلقتين ، ونص على أنه لو قال : « عليّ درهمٌ فدرهم » لم يلزمه إلا درهم واحد ، فمن أصحابنا من جعل في المسألتين قولين : بالنقل والتخريج ، وهذا بعيد .

ومنهم من أجراهما على الظاهر ، وفرّق بأن الطلاق إيقاعٌ لا يدُرُّ لفظه إلا محملاً التأكيد ، والفاء تمنع من التأكيد ، والإقرار إخبار والإخبار يحتمل من التأكيد والتكرار ما لا يحتمله الإيقاع ، والدليل عليه أنه لو قال : أنت طالق طلقاً ، بل طلقتين ، فالمنصوص أنها تطلق ثلاثاً ، ولو قال : عليّ درهمٌ ، بل درهماً ، لزمه درهماً ، ولو أعاد كلمة الطلاق على الهيئة الأولى في المجلس مع تخلل فصلٍ ، وقعت طلقتان ، ولو أعاد الإقرار على هيئته الأولى في مجلس أو مجلسين وأراد الإعادة ، قبل منه .

ولي في قوله : أنت طالق طلقاً ، بل طلقتين نظراً ؛ فإنه ربما يبغي بهذا ضمّ طلقاً إلى الأولى ، فيتطرق إمكان الإعادة على هذا التأويل ، وهذا يتجه على النص الذي حكاه صاحب التقريب ، بل هو أوجه منه .

ووجه ما ذكره الأصحاب أنه إذا قال : بل طلقتين ، وجب حملهما^(١) على الإنشاء ، وإذا ذكرنا احتمال الضم ، كان التقرير ضم إنشاء إلى إقرار ، كأنه يقول : تيك الطلقة الأولى واقعة ، والأخرى أنشئها ، وحمل الألفاظ في الطلاق على الإقرار بعيد .

٩٠٩٩- ولو قال : أنت طالق طلاقاً ، فهي واحدة إن لم ينو أكثر منها ؛ فإن قوله : طلاقاً مصدر ، والمصدر إذا أكد الكلام به ، لم يقتض تعديداً ، أو تجديداً ، وهو كقول القائل ضربت زيدا ضرباً .

فهذا بيان الأصول في مضمون الفصل ، ولا فصل إلا ويترتب عليه فروع ، وأنا أرى تأخيرها حتى تقع الفروع نوعاً ، والأصول نوعاً .

(١) في الأصل : وجب في حملهما على الإنشاء .

٩١٠٠- والذي أختتم به هذا الفصل ، وهو سرٌّ لطيف أنه إذا قال لامرأته/ : « أنت ٥٤ ش طالق ، إن شاء الله » على الاتصال ، فسنبِّه أن الطلاق لا يقع إذا أنشأ اللفظ على قصد الاستثناء ، والشرط أن يكون الاستثناء متصلًا ، والمنفصل منه لا يعمل ، فهذا مما يراعى فيه الاتصال ، ومما يعتبر فيه الاتصال أيضاً الإيجاب والقبول ، وما في اللفظ المحمول على التأكيد يشترط اتصاله بالمؤكِّد^(١) .

وأنا أقول : ليس اتصال المؤكِّد بالمؤكِّد والاستثناء بصدر الكلام على مساق اتصال القبول بالإيجاب ، بل يجب أن يكون اتصالُ كلام الشخص الواحد بكلامه أبلغ من اتصال القبول بالإيجاب ، والمرعي في كل باب ما يليق به ، فإذا انفصل القبول انفصالاً [يُخرجه]^(٢) عن كونه جواباً ، ويُشعر الفصلُ بإعراض القابل عن الجواب ، فهذا هو القاطع ، وبدون ذلك ينقطع الاستثناء عن صدر الكلام ؛ فإنَّ تواصلَ الكلام الواحد فوق اتصال جواب خطاب ، ويشهد لهذا أن تخلل كلام بين الإيجاب والقبول لا يقطع على الرأي الأصح .

والذي أراه أن تخلل كلام بين الاستثناء والمستثنى عنه يقطع الاستثناء ، حتى لو قال : أنت طالق - قم يا عبدٌ - ثم قال : إن شاء الله ، لم يعمل الاستثناء ، وقياس التأكيد كقياس الاستثناء ، وقد يرد على هذا أنه إذا قال : أنت طالق طالق أنت طالق ، ثم قال : أردت التأكيد باللفظة الثالثة ، فهذا مقبول ، كما قدَّمته ، وقوله في اللفظة الثالثة : « أنت » كلام زائد ، ولكنه في معناه التنبيه للتأكيد ، وما كان كذلك لم يكن فاصلاً قاطعاً .

وإذا ذكرنا هذا تبين أن السكتات إذا تخللت واللفظ واحد ، فينبغي أن تكون أقصر ما يُفرض بين الإيجاب والقبول ، ولا يشترط أن يجمع المتكلم الكلام والاستثناء ، والتأكيد والمؤكِّد في نفس واحد . هذا نجاز ما أردناه .

(١) عبارة الأصل : « ... فهذا مما يراعى فيه الاتصال ، ومما يعتبر فيه الاتصال أيضاً الإيجاب والقبول ، (وذلك الاتصال) وما في اللفظ المحمول على التأكيد يشترط اتصاله بالمؤكِّد » والتعديل بالحذف من المحقق .

(٢) في الأصل « يخرج » .

فَصَحْحُ

قال : « وكلّ مكره... إلى آخره »^(١) .

٩١٠١- نذكر في هذا الفصل حكم الإكراه على الطلاق ، والعتاق ، والعقود ، حتى إذا نجز وتفرّعت مسائله نختم الفصل بالإكراه ومعناه ، فنقول : طلاق المكره وعتاقه لا يقع إذا تحقق الإكراه ، وأتى المكره بالطلاق على مقتضى الإكراه . ولو جرى ما يكون إكراهاً ، فطلق المكره على حسب الاستدعاء منه ، وزعم أنه اختار إيقاع الطلاق ، فيقع الطلاق [و]^(٢) لا يمتنع أن يوافق قصده واختياره صورة الإكراه من المكره .

وإن أُجبر على أن يقول لامرأته : أنت طالق ، فقال ما قال [وهو]^(٣) مُجْبِرٌ ، ونوى تطبيقها عن وثاقٍ ، لم يقع الطلاق .

وهذا نهاية التصوير في الإكراه ؛ فإن اللفظ أتى بلفظه على مطابقة المجبر للخلاص منه ، ولم يأل جهداً في التغيير وصرف النية عن الفراق إلى غيره .

ولو أُجبر ، فوافق ، ولكنه لم ينو تطبيقها عن وثاقٍ ، وكان من الممكن أن ينوي ذلك ، هل نحكم بوقوع الطلاق ؟ ذكر القاضي وجهين : أحدهما - وهو اختيار القفال ^يه أن الطلاق يقع ؛ لأنه كان / متمكناً من أن يورّي ، ويضمّر ما ذكرناه ، فيكون بقصده حائلاً عن الفراق ، فإذا لم يفعل ، جرّ هذا إليه حكم المختارين ؛ من حيث لم [يستفرغ]^(٤) وُسعه في الحيد عن الطلاق ، وكان يقول : لو نوى الطلاق عن الوثاق في حالة الاختيار ، لم يقع الطلاق بينه وبين الله تعالى ، ولكنه لا يصدّق إذا ادعى ما أضمره ؛ من حيث إن الظاهر يكذّبه ؛ فإنّ ذا الجدّ لا يطلق لفظ الطلاق ومراده حلّ الوثاق ، فإذا كان مكرهاً وأضمر حلّ الوثاق ، كان مصدّقاً ؛ لاقتران الإيجاب بظاهر

(١) ر . المختصر : ٨١ / ٤ .

(٢) زيادة اقتضاها إيضاح العبارة .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) في الأصل : يتفرع .

قوله ، وهو^(١) بمثابة الإقرار في الاختيار والإجبار ، وإذا أقرّ بالطلاق كاذباً ، لم يُحكم بوقوع الطلاق باطناً ، ولكن لو ادّعى أنه كان كاذباً في إقراره ، لم يُصدّق ، وإذا أكره على إقراره ، ثم زعم أنه كان كاذباً ، صدّق ؛ لأن ظهور الإجبار يُغلب على الظن صدقه في دعوى الكذب في الإقرار . هذا أحد الوجهين وبيان اختيار القفال .

والوجه الثاني - أن الطلاق لا يقع ، وإن لم يُورّ ؛ لأنه أنشأ اللفظ مجبراً عليه ، فسقط حكمه ، ولم يأت بنية تُشعر باختياره .

هذا ما ذكره الأصحاب . وفي المسألة مزيد تفصيل عندي ، فإن فرضت في غرّ غيبي لا يفهم التورية ، فلا ينبغي أن يكون في انتفاء طلاقه تردّد ، وإن كان المجرّ فقيهاً عالمياً لمسألة التورية ، ولم يفته ذكر هذه المسألة حالة الإجبار ، فالأظهر عندنا أن الطلاق يقع ، [ولاحتمال مجال^(٢)] بين إذا لم يقصد ولم يختر ، وهذا محلّ الوجهين .

ولو كان الرجل عالمياً ولكن أذهله الوعيد وبهره السيف المسلول ، فهو كالغرّ الغيبي الذي لا يذكر ولا يشعر .

٩١٠٢- ومما نذكره في ذلك أن الأصحاب قالوا : لو أكرهه المكره على طلاقه ، فقال : هي طالق ثلاثاً ، وقعت الثلاث ؛ لأنه لما زاد على الطلقة المطلوبة منه ، ظهر بذلك اختياره وقصده وإرادته الطلاق .

وقال الأصحاب : لو أكرهه على أن يطلقها ثلاثاً ، فطلقها واحدة ، وقع الطلاق . وطرّدوا في ذلك أصلاً وقالوا : مهما^(٣) خالف المكره المكره بزيادة على ما طلبه أو بنقصان منه ، نحكم بوقوع الطلاق ؛ لأنه إذا خالفه ، فقد أتى بغير ما طلبه ، فكان كالمبتدئ بلفظه ، وموجب ذلك الحكم بالوقوع .

وقالوا : لو أكرهه على أن يطلق زوجته عمرة ، فضمها إلى ضرّتها ، وطلقهما ،

(١) وهو بمثابة الإقرار في الاختيار والإجبار : المعنى أن حكم لفظ المكره إذا ورئى حكم الإقرار بالطلاق في حالتي الاختيار والإجبار .

(٢) في الأصل : والاحتمال مجاز .

(٣) مهما : بمعنى إذا .

حكم بوقوع الطلاق ؛ بناء على ما ذكرناه من مخالفته إياه .

ولو أكرهه على تطليق امرأتين ، فطلق إحداهما ، قالوا : وقع الطلاق ، كما لو أكرهه على ثلاث طلاقات ، فطلق واحدة .

وقالوا أيضاً : لو قال المكره : قُلْ : طلقها ، فقال : فارقتها ، أو سرحتها ، حكم بوقوع الطلاق ؛ طرداً للأصل الذي قدمناه ، من أن المكره إذا خالف المكره المجبر ، حكم بوقوع الطلاق ؛ من جهة أن المخالفة تُصوّر المكره بصورة المبتدئ المنشئ الذي لا يبنّي كلامه على استدعاء المجبر .

ولي في هذه/ المسألة نظر : أما إذا أكرهه على طلاق عمرة ، فطلق عمرة وحفصة ش ٥٥ ففي تحقق الإكراه في عمرة وعدم وقوع الطلاق عليها احتمال بين ظاهر ؛ فإنه لا منافاة بين اختياره طلاق حفصة وبين كونه مجبراً على طلاق عمرة ، فكأنه أتى بما استدعاه المجبر منه ، وضمّ إليه ما كان في نفسه اختياره ، والذي يحقق ذلك أنه لو كان على [نية^(١)] أن يطلق حفصة ، فقال المجبر : طلق عمرة معها ، فهذا ظاهر في تحقق الإكراه في طلاق عمرة .

وأما إذا أكرهه على تطليق عمرة وحفصة ، وطلق عمرة ، فقد يظهر أنه ينبغي بهذا إجابة المجبر في بعض ما قال ، وهو يرجو أن يكتفي بذلك ، فهذا فيه احتمال من هذا الوجه أيضاً ، والاحتمال في الصورة الأولى أظهر ؛ من جهة أنه يتخلص [بما يفعله^(٢)] عن إرهاق من يجبره ، ويتخلص عن الإكراه بتطليق واحدة ، والمطلوب منه تطليق اثنتين .

ولو قال - وقد طلب منه طلاق اثنتين : أنت طالق وأنت طالق ، فهذا مما يجب القطع به في كونه مكرهاً ، فإنه ساعد^(٣) المجبر على هذه الصيغة ، فكان بمثابة ما لو جمع طلاقهما في صيغة التثنية .

فأما إذا أجبره على طلبة ، فطلق ثلاثاً ، فلا شك في وقوع الثلاث ؛ فإن الذي صدر

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في الأصل : ما يفعله .

(٣) « ساعد » هنا بمعنى : أجاب ، لا بمعنى أعان .

منه يشعر بانسراح صدره للطلاق ، ولا يتميز طلقة عن طلقة ، وليس كامراتين ، يضم إحداهما إلى الأخرى . نعم ، إذا أجبره على الثلاث ، فطلق واحدة ، فهذا فيه من الاحتمال ما فيه إذا أجبره على تطليق نسوة ، فطلق واحدة .

٩١٠٣- ثم قال الأئمة : الهازل بالطلاق يقع طلاقه ، وهو الذي يقصد اللفظ دون المعنى ، وليس هو الذي يقصد طلاقاً عن وثاق ، فمطلق اللفظ من الهازل يوقع الطلاق ظاهراً وباطناً ، ولا يلحقه بالذي ينوي طلاقاً عن وثاق ، فإن نواه في هزله باللفظ دين ، فإن الجاد يدّين ، فالهازل في معنى الجاد .

٩١٠٤- وأما اللاغي ، فلا يقع طلاقه ، وهو الذي يبدر منه لفظ الطلاق من غير قصد ، فلا يقع طلاقه .

وهذا في تصويره فقه ؛ فإن الرجل إذا سمعناه يتلفظ بالطلاق ، ثم ادعى أنه كان لاغياً ، فقد لا يُقبل ذلك منه ظاهراً وإن كان مقبولاً باطناً لو كان صادقاً ، فصور الأصحاب اللغو على [نيتة]^(١) فقالوا : إذا كان اسم زوجته طاهرة ، فقال : يا طالقة ، وذكر أن هذا سبق إلى لسانه ، وانقلب لسانه في بعض حروف اسمها ، فقريئة الحال قد تصدّقه ، فقال الأصحاب : إن ادعى اللغو والحالة هذه ، صدّق .

ولو اقترن بقوله : أنت طالق حلّ وثاق ، ثم زعم أنه أراد بالطلاق أنها محلولة الوثاق ، ففي [قبول]^(٢) ذلك وجهان ، والسبب فيه أن لفظ الطلاق مستنكر مع هذه الحالة ، فإن العاقد لا يختار إطلاق هذا اللفظ ، والمسألة مفروضة/ في اختيار ٥٦ ي اللفظ ، فأما التفات اللسان في حرف مع ظهور القرينة ، فلا وجه إلا القطع بقبوله .

ووصل أصحابنا بهذا أن امرأته لو كان اسمها طالقة فقال : يا طالقة ، وهو يقصد نداءها ، لم يقع الطلاق ، وكذلك لو كان اسم العبد حرّاً ، فقال مولاه يا حرّ ، وقصد النداء ، لم يُقضَ بوقوع العتاق ، ولو قصد الطلاق ، وقع الطلاق ، ولو أطلق اللفظ ولا يقصد نداءً ولا إنشاءً طلاق .

(١) مكان كلمة تعذرت قراءتها (انظر صورتها) .

(٢) في الأصل : قبوله .

فحاصل ما ذكره الأصحاب في العتاق والطلاق وجهان ، والمسألة محتملة جداً شديدة الشبه بما إذا قال : أنت طالق طالق طالق ، ولم يقصد تجديداً ولا تأكيداً .

والإكراه على تعليق الطلاق يمنع انعقاده ، [كالإكراه]^(١) على تنجيذه ، وكذلك الإكراه على الأيمان والنذور ، والبيع والهبة ، والإجارة ، والنكاح ، والعقود ، [جُمع]^(٢) / وكان شيخنا يقول : الهازل بالبيع فيه احتمال : يجوز أن يقال : هو كالجاذ ، وكالهازل بالطلاق والعتاق ، ويجوز أن يقال : لا ينفذ البيع من الهازل به ؛ فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ثلاث جذهن جدٌ وهزلهنَّ جدٌ : الطلاق والعتاق والنكاح »^(٣) وموجب الحديث التحاق النكاح بالطلاق .

وفيه إشكال ؛ فإنه في معنى البيع ؛ من حيث إنه لا يعلق ، ولا يصح باللفظ الفاسد ، ولا يشيع من الجزء إلى الكل ، بخلاف الطلاق والعتاق .

٩١٠٥- وأما الإكراه على الردة ، فإنه يسلب حكمها ؛ قال الله : ﴿ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ ﴾ [النحل : ١٠٦] .

ومن فقهاءنا من يقول : يجب التلفظ بالردة لابتغاء الخلاص ، كما يجب شرب الخمر عند الإكراه عليه ، وهذا خطأ عندنا ، فلو أصرَّ الأسير على الدين الحق ، واستقتل ، جاز ذلك ، بل هو الأولى ، وسنذكر جُملاً من هذا في كتاب الجراح ، إن شاء الله .

فإذا أكره الحربي على الإسلام ، فنطق بالشهادتين تحت السيف ، حكم بكونه

(١) في الأصل : فالإكراه على تنجيذه .

(٢) في الأصل : مجمع .

(٣) الحديث رواه الطبراني في الكبير : ٣٠٤ / ١٨ خ ٧٨٠ ، ورواه أبو داود : كتاب الطلاق ، باب في الطلاق على الهزل ، ح ٢١٩٤ ، والترمذي : كتاب الطلاق ، باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق ، ح ١١٨٤ ، وابن ماجه : كتاب الطلاق ، باب من طلق أو نكح أو راجع لاجباً ، ح ٢٠٣٩ ، والدارقطني : ١٨ / ٤ ، والحاكم في المستدرک : ١٩٧ / ٢ ، ١٩٨ ، روه جميعاً بلفظ (الرجعة) بدل (العتاق) وقد صححه الحاكم وتعقبه الذهبي في أحد رجاله ، ووافق الحاكم في تصحيحه صاحب الإمام ، وانتهى الحافظ ابن حجر إلى الحكم عليه بأنه (حسن) (ر . التلخيص : ٤ / ٤٢٣ ح ١٧٣٧) .

مسلماً ؛ فإن هذا إكراه بحق ، فلم يغير الحكم ، اتفقت الطرق على هذا ، مع ما فيه من الغموض من طريق المعنى ، فإن كلمتي الشهادة نازلتان في الإعراب عن الضمير منزلة الإقرار ، والظاهر من المحمول عليها بالسيف أنه كاذب في إخباره .

ولو أكره ذمياً على الإسلام ، فأسلم فقد ذكر أصحابنا وجهين في أنا هل نحكم بإسلامه ؟ والمصير إلى الحكم بإسلامه بعيد ، مع أن إكراهه عليه غير سائغ ، فلئن [استد^(١)] ما ذكرناه في إكراه الحربي من جهة أنه إكراه بحق ، فلا ثبات لهذا المسلك والمكره ذمي والإكراه ممنوع .

٩١٠٦- ومما نلحقه بهذا الأصل [أنا ذكرنا]^(٢) قولين في الإكراه على الصفة التي علق العتق بها ، مثل أن يقول الزوج : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، فإذا أكره على الدخول ففي وقوع الطلاق قولان ، والفرق بين الإكراه على صفة الطلاق وبين الإكراه على تنجيز الطلاق أو تعليقه أنا نبطل اختيار المكره في التنجيز والتعليق بالإكراه المقترن به ، وهذا لا يتحقق في الصفة ؛ فإن/ قول القائل : إن دخلت الدار متناول لما ينطلق ٥٦ ش عليه اسم الدخول سواء كان على صفة الاختيار ، أو على صفة الإيجاب ، فكان الحكم بوقوع الطلاق مأخوذاً من تناول العقد لطوري الإكراه [والاختيار]^(٣) ، وعقد اليمين على ما يوجد من المكره ممكن ، فإنه لو قال في اختياره : إن دخلت الدار مكرهاً ، فأنت طالق ، فأجبر على الدخول فدخل ، وقع الطلاق وفاقاً . وقد نجز ما أردناه في هذا الفن .

٩١٠٧- وبقي من الفصل الكلام فيما يكون إكراهاً ، وفيما لا يكون إكراهاً ، وهذا غائص عويص ، قلّ اعتناء الفقهاء به ، ونحن نرى أن ننقل فيه ما بلغنا ، ثم نعطف عليه ، ونتصرف فيه بترتيب المباحثات .

أما العراقيون ، فقد ذكروا فيما يكون إكراهاً على الطلاق أوجهاً : أحدها - أنه

(١) في الأصل : « استمر » . وهذه اللفظة تصحفت كثيراً كثيراً على بعض النسخ - و (استد) أي

استقام . وهي المناسبة للسياق .

(٢) في الأصل : ما ذكرنا .

(٣) في الأصل : والإيجاب .

التخويف بالقتل مع غلبة الظن بوقوعه لو لم يساعف المجبر .

والثاني - أن الإكراه هو التخويف بالقتل أو القطع .

والوجه الثالث - أنه التخويف بالقتل أو القطع أو إتلاف المال ، وكل ما يصعب احتمالاه ، ويعدّ في العرف من أسباب الإلجاء .

ثم قالوا : ويختلف ذلك بأحوال ذوي المروءات .

فهذا منتهى كلامهم .

ونقل^(١) القاضي رضي الله عنه عن القفال طريقة في حدّ الإكراه ، وارتضى لنفسه مسلماً ، وحكى عن العراقيين مسلماً :

أما ما حكاه عن القفال ، فهو أنه قال : الإكراه أن يخوّفه بعقوبة تنال بدنه عاجلاً ، لا طاقة له بها ، فلو قال : إن قتلَ فلاناً وإلا قتلْتُك ، أو إن لم تقتله ، لأقطعن طرفاً من أطرافك ، أو لأضربنك بالسياط أو لأجوعنك ، أو لأعطشك ، أو أخلّدُ الحبس عليك ، فهذا كله إكراه .

فإن قال : أفعل بك هذه الأشياء غداً ، لم يكن إكراهاً .

وإن قال : لأتلفنّ مالك ، أو لأقتلنّ ولدك ، لم يكن إكراهاً ؛ لأنّ هذه عقوبة لا تنال بدنه .

وقال : إن قال : لأصفعنك في السوق ، والمحمول من ذوي المروءات ، فليس هذا بإكراه ، فإن احتمال هذا يصعب على أصحاب [المروءات]^(٢) ، والتمسكون بالدين ربما يؤثرون المشي مع الحفاء وتحسر الرأس^(٣) .

هذا ما حكاه عن شيخه القفال .

وقال رضي الله عنه : الإكراه عندي أن يخوّفه بعقوبة لو نالها من بدنه مبتدئاً ،

(١) يعرض هنا لرأي الخراسانيين (المراوزة) بعد أن انتهى من كلام العراقيين .

(٢) في الأصل : الرعونات .

(٣) يضرب هذا مثلاً لما يمكن أن يعاقب به ويكره به : الحفاء وتحسر الرأس . وكأن المعنى : أن المتمسكين بالدين يتحملون أمثال هذا ، ويؤثرونه على الخضوع والاستجابة للمكره المجيز .

لوجب عليه القصاص ، فعلى هذا إذا خوفه بتخليد السجن ، لم يكن إكراهاً إلا أن يخوفه بالتخليد في قعر بيت يغلب الموت من الحبس فيه .

قال : وقال العراقيون : إن قال له : إن قتلَ فلاناً وإلا قتلتك ، أوقعتُ طرفك ، كان إكراهاً ، ولو قال : إن قتلته ، وإلا أتلفت مالك ، لم يكن إكراهاً ، وإن قال : إن أتلفت مال فلان وإلا أتلفت مالك ، يكون هذا إكراهاً .

قال القاضي : الإكراه لا يختلف باختلاف المحال ، فلا فرق بين أن يكون المطلوب من المكره قتلاً ، أو طلاقاً ، أو عتاقاً ، أو بيعاً ، أو [عقدة]^(١) من العقود . ٥٧ ي

وفي بعض التصانيف : اختلف أصحابنا في صفة المكره : منهم من قال : إذا توعده بما لا تحتمله نفسه ، والغالب أنه يحقق ما توعد به ، فهذا إكراه ، ومنهم من قال : يختلف ذلك باختلاف عادة الناس ، فالشريف إذا خُوف بالصفعة الواحدة على ملاء من الأشهاد ، فهو إكراه في حقه ، وفي هذا الكتاب^(٢) : وإن خُوف بإتلاف المال والولد ، فهل يكون إكراهاً ؟ فعلى وجهين .

وكان شيخنا أبو محمد يقطع جوابه بأن الإكراه يختلف باختلاف المطلوب ، والإكراه على الطلاق دون الإكراه على القتل ، ثم كان يختار أن الرجوع فيما يكون إكراهاً إلى ما يؤثر العقل الطلاق عليه ، وهذا يجري في الحبس الطويل ، والضرب المبرح ، والنقص الظاهر من المروءة .

فهذا مجموع ما ذكر في هذا الفصل .

٩١٠٨- ونحن نقول : إذا كان التخويف يتعلق بالروح ، وذلك بأن يكون التخويف بالقتل ، أو القطع الذي لو فرض وقدر سريانه إلى الهلاك ، لكان موجباً للقصاص ، فهذا إكراه في جميع المواضع ، لا يجب أن يكون فيه خلاف ، وإن ردّ العراقيون فيما حكيتهم جوابهم في التخويف بقطع الطرف .

(١) في الأصل : عنده .

(٢) هذا الكتاب : يعني به (بعض التصانيف) المشار إليه آنفاً ، وصاحبه هو الإمام أبو القاسم الفوراني .

وإذا كان التخويف بضربٍ لو فرض وقوعه ، لكان من موجبات القصاص إذا أفضى إلى التلف ، فهو بمثابة التخويف بقطع الطرف ، وهذا جارٍ في كل محل ، يخالف فيه من يخالف في التخويف بقطع الطرف إلا أن يكون التخويف بضرب لا يتصور البقاء معه ، فيكون بمثابة التخويف بالقتل .

فأما إذا كان التخويف بتخليد الحبس ، أو إتلاف المال ، أو قتل الولد ، فهأهنا موقف يجب التنبه له : ذهب ذاهبون إلى أن المرعي في هذا المقام أن يكون المطلوب من المجرر أقل في نفسه ممّا خوّف به ، وبنوا عليه أنه إذا كان كذلك ، فإنه سيؤثر الطلاق في غالب الأمر ، فيكون محمولاً على اختيار الطلاق ، ومن كان محمولاً على اختياره ، سقط اختياره ؛ فإن الاختيار الحقيقي هو الذي لا يكون المرء محمولاً عليه . وإن كان المطلوب منه أكبر في النفوس مما يخوّف به ، فلا يتحقق الإكراه حينئذٍ ، وهذا المسلك يوجب الفرق بين المطلوب والمطلوب ، فإن كان المطلوب قتلاً ؛ فإن احتمال الحبس على انتظار الفرج [هو] ^(١) أهون من الإقدام على قتل مسلم .

وإن كان المطلوب الطلاق والعناق ، لم يهن احتمال الحبس ، وهذا يرجع إلى الجبلة ، وليس من أوزان الفقه وتصرفه في الفرق بين الخطير وما دونه ، بل لا تحتل النفس الحبس والمطلوب الطلاق ، فيصير محمولاً على اختيار الطلاق ، وليس الأمر كذلك في القتل .

وعليه يخرج الفرق بين المناصب والمراتب ، والنظر إلى ذوي المروءات ، وسرّ ش ٥٧ هذا المسلك ردّ الأمر إلى كون الإنسان محمولاً على / اختيار ما يطلب منه .

فقد لاح أن هذا السبيل يوجب الفرق بين المطلوب والمطلوب ، وبين المطالب والمطالب .

٩١٠٩- والطريق مبهمٌ بعد [وسنذكر] ^(٢) فيه الممكن من التفصيل بعد تمام البيان في التقعيد والتأصيل .

(١) في الأصل : وهو .

(٢) في الأصل : سنذكر (بدون واو) .

ومسلك المحققين أن الإكراه هو الذي يسلب الطاقة والإطاقة ، ولا يُبقي في غالب الأمر للمرء خيرة التقديم والتأخير ، حتى يصير كأنه لا اختيار له ، والمخوف بالقتل والقطع كذلك ، [فلا يقع] ^(١) المطلوب منه لنظره وتخيره ^(٢) .

فأما الذي يؤثر الطلاق على الحبس ، فإنما هو مفضل حالة على حالة ، ومرتاد عيشة على عيشة ، واختياره صحيح ، فلا يتحقق الإكراه والحالة هذه .

والذي فرضه الأولون من الموازنات ، والنظر في الأقدار مسلك من مسلك الرأي والاستصواب ، فقد يرهق الزمان المرأة إلى أمثاله ، فيستصوب له أن يطلق أو يبيع ، وليس هذا من الإكراه الحقيقي في شيء ، فينحصر الإكراه على هذا المسلك فيما يكاد يُعَدُّ الاختيار ، حتى لا يبقى إلا ما يؤثره من يفر من الأسد في وطء الأرض المشوكة ، فقد يتخطاها الفارّ وهو لا يحس بوخز الشوك .

وبين هذه الطريقة والطريقة الأولى تباين عظيم .

ثم لا نفرق فيه بين أن يكون الإكراه على إتلاف مال قلّ أو كثر ، أو على بيع مال ، أو طلاق ، أو قتل ، ولا يعترض على هذا إلا شيء واحد ، وهو أنه لو خُوف بإيلاَمٍ عظيم لا يصابِر ، وإن لم يكن مما يقصد به القتل ، فقد يحصل بمثل هذا قريب من سلب الطاقة ، وفيه نظر .

وأنا أقول : التخويف به لا يكون إكراهاً ، أما مفاتحته ^(٣) بالإيلاَم ، ففيه [الاختلاف] ^(٤) ، وليس هذا كالتخويف بالقتل ؛ فإن وقوع الخوف أشد من وقوع هذا الإيلاَم .

هذا بيان تأصيل الطريقتين .

٩١١٠- وعلينا بعد هذا أمران : أحدهما - التفصيل والآخر - الإشارة إلى العثرات : أما التفصيل ، فتأصيل الطريقة الأخيرة بفصلها ^(٥) ، ولا يرد عليها إلا الألم

(١) في الأصل : ولا يقع .

(٢) المعنى لقطع نظره وتخيره بالإكراه .

(٣) مفاتحته بالإيلاَم : المعنى بدء إيلاَمه .

(٤) في الأصل : الاحتلام .

(٥) بفصلها : أي كما هي عليه في بياننا وشرحنا لها .

المرهق الذي ذكرنا ، ومسألة أخرى وهي أن الأخرق لو خوّف ، فما يحسبه مهلكاً ولم يكن كذلك ، فقد ينتهي إلى سقوط الاختيار ، وهذا يُخَرِّجُ على ما إذا رأى سواداً ظنه عدوّاً ، فصلى صلاة الخوف ، ثم لم يكن كما ظنّ .

فأما الطريقة الأولى ، فمن ضرورتها الفصل بين المطلوب والمطلوب ، فالإكراه على القتل فوق الإكراه على الطلاق وإتلافه المال . ثم الإكراه على القتل يقع بالتخويف بالقتل لا غير في وجهه ، أو بالتخويف بالقطع الذي يكون مثله عمداً في قتل النفس ، فأما ما عداه ، فلا يكون إكراهاً على القتل ؛ فليس التخويف بإتلاف المال والولد إكراهاً على القتل .

فأما الإكراه على الطلاق ، فلا يشترط فيه القتل والقطع ، ثم قال الأصحاب : يختلف الإكراه باختلاف درجة المكره ، كما حكيناه .

وذكروا خلافاً فيما يتعلق بغير بدن المطالب : كالإكراه بإتلاف المال وقتل الولد ومن في معناه .

ي ٥٨ فينتظم منه أن ما/ يتعلق ببدن المطالب المكره ، فإن كان عقوبة وإيلاًماً ، أوحسباً يهون الطلاق في مقابلته ، فهو إكراه ، ثم الآلام تختلف بقوة المكره وضعفه ، فقد يحتمل القوي الضرب العنيف ، والضعيف لا يحتمله ، فهذا مما يختلف باختلاف الأبدان لا محالة ، وما يرجع إلى حط الجاه ، والغضب من المروءة كالصفع على رؤوس الأشهاد ، وتكليف الإحفاء وتحسر الرأس في الأسواق ، فهذا مختلف فيه : فمن أصحابنا من لا يراه إكراهاً ، ومنهم من يراه إكراهاً في حق من يعظم وقعُه في حقه .

هذا فيما يتعلق بالمُطالب .

فأما ما يتعلق بغيره ، فهو التخويف بإتلاف المال ، وقتل الولد ، أو الوالد ، فهذا فيه اختلاف : فمنهم من يجعله إكراهاً ، ومنهم من لا يجعله إكراهاً ، ففي كلام العراقيين ما يدل على أن التخويف بالمال في مقابلة المال إكراه ، وليس التخويف بإتلاف المال في مقابلة الطلاق إكراهاً .

٩١١١- هذا مجموع ما ذكروه . وهو خارج عن الضبط ؛ فإن [انتقاص]^(١) المروءات والأقدار التي يصعب وقعها أو يهون احتمالها بالإضافة إلى الروح لا تنضبط ، ويرجع الأمر فيه إلى النظر في آحاد الأشخاص ؛ فإنهم على تفاوتٍ ظاهر ، وإن كانوا [يُعدّون]^(٢) داخلين تحت نوع أو جنس .

وإذا جعلنا الإكراه بإتلاف المال إكراهاً ، فالنظر ينتشر في هذا من [وجه]^(٣) أنا إن سوّينا بين القليل والكثير ، كان ذلك مردوداً ، فلا خطر في إتلاف الدرهم فما دونه ، وإن نظرنا إلى نصاب السرقة ، عارضه المقدار الذي تغلظ اليمين فيه ، ثم هما جميعاً توقيفان ، والذي نحن فيه معنى معقول ، وهو الإلجاء الغالب المؤثر في توهين الاختيار ، فإحالة هذا على التوقيفات محال ، وأخذ هذا الأصل من جواز الدفع عن المال قلّ أو كثر بعيدٌ ؛ فإن معنى الإلجاء يبطل بالكلية ، وإن رجعنا إلى عزة المال في النفوس وضمتّها بها ، عارضه تخرق الأسخياء ، وهذا نشرٌ لا مطمع في ضمّه أصلاً ، ولا ينقذ فيه إلا النظر إلى حال كل شخص ، ثم لا مطلع عليه إلا من جهته ، والكلام يخرج عن ضبط الفقه ، فيجب ردّ الإكراه إلى التخويف بالقتل ، أو التخويف بما يؤدي إلى القتل ، كما ذكرناه .

هذا منتهى التفريع .

٩١١٢- فأما العثرات ، فعُدّ القفال الحبس إكراهاً على القتل عشرةً ، ولا سبيل إلى اعتقادها ؛ فإن الحبس لا يسلب الاختيار ، وهو في مقابلة القتل قليلٌ في كل مسلك ، والجمع بين سقوط الطاقة وبين المصير إلى أن الحبس إكراه هفوةٌ .

والقطع بأن التخويف بقتل الولد ليس بإكراه والحبس إكراه هفوةٌ .

وقد انتهى الغرض على أكمل وجه في البيان .

(١) مزينة من المحقق لاستقامة الكلام ، ولعلها سدّت مكان خرم أكثر من هذا .

(٢) في الأصل : يغدون .

(٣) في الأصل : من أوجه .

فَصَائِلُ

قال : « ومغلوب على عقله خلا السكران . . . إلى آخره »^(١) .

٩١١٣- أما المغلوب على عقله بالنوم ، أو الجنون ، أو الإغماء ، فلا يقع طلاقه ، وأما السكران ، وهو مقصود الفصل ، فتكلم في حكمه ، ثم نتعرض لبيان السكر ، ش ٥٨ فنقول : طلاق السكران واقع في ظاهر المذهب ، ولا يُلغى / للشافعي نصّ في أنه لا يقع طلاقه ، ولكن نصّ في القديم على قولين في ظهاره ، فمن أصحابنا من نقل من الظهار قولاً إلى الطلاق ، وخرّج المسألتين على قولين .

ومعظم العلماء صاثرون إلى وقوع طلاق السكران ، وذهب عثمان وابن عباس وأبو يوسف^(٢) والمزني وابن شريج في أتباع لهم إلى أن طلاق السكران لا يقع . وأما سائر تصرفات السكران ، فللأصحاب فيها طرق : منهم من قال : في جميعها قولان : أحدهما - حكمه فيها حكم الصاحي .

والقول الثاني - حكمه فيها حكم المجنون . والقولان مُجريان في أقواله وأفعاله فيما له وعليه .

ومن أصحابنا من قال : ما عليه ينفذ ، وفيما له قولان .

ومنهم من قال : أفعاله كأفعال الصاحي ، وفي أقواله قولان ؛ وهذا لمكان قوة الأفعال .

هذه مسالك الأصحاب ، وأشهرها طرد القولين في الجميع ، ولا خلاف أنه مأمور بقضاء الصلوات التي تمرّ عليه مواقيتها في حالة السكر ، وإن كان السكر بمثابة الإغماء ، على معنى أنه لا يتصور إزالته بالتنبيه ، كما يُزال النوم به .

(١) ر . المختصر : ٨١/٤ . وتام العبارة في المختصر : « وكل مكره ومغلوب على عقله فلا يلحقه الطلاق خلا السكران من خمر أو نبيذ » .

(٢) لم نجد في كتب الأحناف من نسب إلى أبي يوسف القول بعدم وقوع طلاق السكران ، ولكنهم ينتقلون إلى الكرخي ، والطحاوي وينسبون القول بعدم الوقوع إليهما (ر . بدائع الصنائع : ٩٩/٣ ، حاشية ابن عابدين : ٤٢٤/٢ ، مختصر اختلاف العلماء : ٤٣١/٢ مسألة ٩٤١) .

وكان شيعي يقول : من أوجر^(١) خمرأ ، وانتهى إلى السكر الطافح ، فمرت عليه مواقيت صلوات ، لم يلزمه قضاؤها ، كالمغمى عليه .

وتردد الأصحاب في أنا إذا جعلنا السكران كالصاحي ، فهل نجعل صورة السكر حَدَثًا ناقضاً للطهارة ؛ فإنه على صورة الإغماء ، وقد قدّمنا هذا في كتاب الطهارة .
فهذا قولنا في أحكام السكران .

وقد قال الشافعي : إذا ارتد السكران ، ثبت حكم الردة ، ولكنه لا يستتاب حتى يُفَيَّقَ ، وعن هذا النص نشأ للأصحاب الفرق بين ما له وعليه ، والأولى حمل ذلك على رعاية [مصلحته]^(٢) ، وإلا فالإسلام يصح ممن تصحّ منه الردة .

٩١١٤- فأما حدّ السكر ، فقد نقل عن الشافعي أنه قال : إذا اختلط كلامه المنظوم ، وانكشف سره المكتوم ، فهو سكران .

وقال قائلون : إذا أخذ يهذي في الكلام ويتمايل في المشي ، فقد انتهى إلى السكر .

وقال بعض الأصحاب : السكران من لا يعلم ما يقول ، وهذا يعتضد بظاهر قوله تعالى : ﴿ لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَرَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ ﴾ [النساء : ٤٣] .

وهذه العبارات متقاربة ، ولكنها ليست على الحدّ الذي أرّضيه في البيان ، فأول السكر لا يسلب الكلام ، ولا يُنهي السكران إلى الهذيان الذي يصدر مثله من النائم ، ولكن السكران هو الذي يكون في كلامه وخطابه وجوابه وما يقوله ويفعله كالمجنون ، وللمجنون مَيِّزٌ وفهم ، وهو يبيّن عليه الجواب والإصغاء وفهم الخطاب ، فإذا انتهى السكران إلى مثل حاله ، فهو في حد السكر .

ثم قد ينظم المجنون كلاماً وقد يخبطه ، ولا تخفى تاراته في نظمه وخبطه ، والمعنيّ بكلام الشافعي إذا اختلط كلامه المنظوم أن يتطرق إلى كلامه الاختلاط الذي يتطرق إلى كلام المجانين .

(١) أوجر : من أوجرت المريض إذا صببت الدواء في حلقه (المصباح) .

(٢) في الأصل : مصلحة .

ومن قال : السكران من يهذي ويتمايل ، فالذي جاء به لا بيان فيه ، والتمايل لا معنى له .

ي ٥٩ ومن قال : السكران من لا يعلم ما يقول ، فعليه مراجعة ، لما ذكرنا/ من أن أصل العلم لا يمكن سلبه من البهائم ، فضلاً عن السكارى والمجانين ، ومن أراد الإحاطة بهذا على التحقيق ، فليجدد عهده بمجموعتنا^(١) في حقيقة العقل ، ثم ليبين عليه أن السكران من لا يتصف بالعقل ، وإن نجّزنا طرفاً منه : فمن لا عقل له ، [لا يتصور]^(٢) منه النظر العقلي ، وإن ذكر من مبادئه شيئاً ، فهو عبارات الفقهاء ، ولا يخفى عروؤه عن حقيقتها .

٩١١٥- فإذا دبّت الخمرة^(٣) ، انتشى الشارب وعرفته طربةً وهزةً ، وهذا قد يحُدُّ^(٤) العقل ، فليس من السكر^(٥) .

وبعد ذلك ما^(٦) وصفناه من السكر ، مع بقاء أفعال وأقوال .

ومنتهى^(٧) السكر الاتصاف بصفة المغشي عليه .

(١) بمجموعتنا في حقيقة العقل : المراد مؤلفاتنا ، ومباحثنا في حقيقة العقل ، وللإمام كتاب بعنوان (مدارك العقول) لما نصل إليه بعد . وقد أشبع قضية العقل والعلم بحثاً في كتابه الفذّ (البرهان في أصول الفقه) في الفقرات من ٣٦ إلى ٦٩ . وكان من نعم الله علينا أن هياً لنا إخراج هذا الكتاب لأول مرة ، بعد أن ظل مخطوطاً قروناً طويلة يُسمع به ولا يرى ، فله الحمد والمنة .

(٢) في الأصل : « ولا يتصور » (بزيادة الواو) .

(٣) أول صور السكر عند الإمام .

(٤) يحُدُّ العقل : من باب قتل . وهي هنا من معنى حدّ السيف : إذا شحذه . كذا فسر الرافعي كلام الإمام (الشرح الكبير : ٥٦٦/٨) .

والمعنى أن الخمر في أول أمرها قد تشحذ العقل ، قبل أن تغيبه وتذهب به ، وهذه أول مرحلة من مراحل السكر الثلاث - عند الإمام .

(٥) فليس من السكر : أي هذه الحالة الأولى من حالات السكر ومراحله ، وهي لا تحسب في أحكام السكران .

(٦) هذه الحالة الثانية أو المرحلة الثانية من مراحل السكر .

(٧) وهذه هي الحالة الثالثة ، أو المرحلة الثالثة .

ثم في هذا نظر .

فإن انتهى إلى حالة الإغماء وسقوط الاختيار بالكلية ، فالوجه القطع بإلحاقه بالمغمى عليه ، حتى إذا بدرت منه كلمة الطلاق بدورها من النائم الهادي ، فلا حكم لها ، وكذلك القول في أفعاله ، فهي منزلة منزلة ما يصدر من المغمى عليه .
وإنما التردد والكلام فيه إذا كان السكران على [مضاهاة]^(١) المجانين .

وأبعد بعض أصحابنا فألحق ما يصدر من ذي السكر الطافح بما يصدر منه ، وهو يفعل ويقول ويتردد ، وهذا إنما أخذه من إيجابنا عليه قضاء الصلوات وإن انتهى السكر إلى رتبة الإغماء^(٢) .

ثم الفقه في الصلاة يستدعي الإشارة إلى مسائل قدمناها في كتاب الصلاة ، منها :

- (١) في الأصل : مضادة . والمثبت تصرف من المحقق على ضوء السياق .
 - (٢) لخص الإمام الرافعي هذا الفصل - في حد السكر - من كلام الإمام تلخيصاً حسناً ، وليس في عرضنا لهذا التلخيص والترتيب من كلام الرافعي خروج على المنهج الذي نراه وندعو إليه ، وألزمنا به أنفسنا ، وأعني به عدم إثقال الكتاب المحقق بالتعليقات التي لا تخرج عن كونها شرحاً ، أو تلخيصاً ، أو إعادة صياغة ، وإنما هو من صلب منهجنا حيث يدخل في (إضاءة النص) والإعانة على فهمه ، فقد جاء كلام الإمام عن حد السكر متداخلاً يصعب ضبطه ، وهذا ما سوَّغ لنا أن نورد تلخيص الرافعي ، وهذا نصه :
- « ولم يرض الإمام عبارات الأصحاب ، وقال : شارب الخمر تعتريه ثلاثة أحوال :
إحداها - هزة ونشاط يأخذه إذا دبت الخمر فيه ، ولم تستول عليه بعد ، ولا يزول العقل في هذه الحالة ، وربما يحتد .

والثانية - نهاية السكر ، وهو أن يصير طافحاً ، ويسقط كالمغمى عليه ، لا يتكلم ، ولا يكاد يتحرك .

والثالثة - حالة متوسطة بينهما ، وهي أن تختلط أحواله ، فلا تنتظم أقواله وأفعاله ، ويبقى تمييز وفهم كلام .

فهذه الحالة الثالثة سكرٌ ، وفي نفوذ الطلاق فيها الخلاف الذي بيناه .

وأما في الحالة الأولى ، فينفذ طلاقه لا محالة ؛ لبقاء العقل ، وانتظام القصد والكلام .
أما في الثانية ، فالأظهر عند الإمام ، وهو المذكور في الوجيز أنه لا ينفذ ؛ لأنه لا قصد له ، كأنه جرى على لسانه لفظ ، فهو كما يفرض في حق النائم ، والمغمى عليه ، ومن الأصحاب من جعله على الخلاف المذكور لتعديبه بالتسبب إلى هذه الحالة ، وهذا أوفق لإطلاق أكثرهم ، والله أعلم » ١ هـ . (ر . الشرح الكبير : ٥٦٦ / ٨) .

أَنَّ من ردَّى نفسه من شَاهِقٍ ، فأنخلعت قدماءه ، وصَلَّى قاعداً ، فإذا [استبَلَّ]^(١) وبرأ ، فالأصح أنه لا يلزمه قضاء الصلوات التي أقامها قاعداً ؛ من جهة أن الرخص والتخفيفات وإن كانت لا تثبت للعصاة ، فالمعصية قد انقضت بالتَّردية ، ودوام العجز كان بعد انقضائها .

ومن أصحابنا من أوجب القضاء تغليظاً على الذي عصى بتزديء نفسه . وإذا عاطت^(٢) المرأة فأَجْهَضَتْ جنيناً ، ونُفِست ، فالمذهب القطع بأنها لا تقضي الصلوات التي تمر مواقيتها في النفاس ، وفيه خلاف .

ثم من يُلزم القضاء في الضروب التي أشرنا إليها يستدل بالسكران ؛ فإن الشرب هو الذي يتعلق الاختيار به كتردية النفس ، وكالسعي في الاستجهاض ، والسكر لا يقع مختاراً .

وفصل المحققون بين السكر وبين الصَّنوف التي قدمناها بأن قالوا : مطلوب من يشرب السُّكر ، وإلا فالسُّكر في نفسه والمشروب مرٌّ بشعٌ ، وليس مطلوباً ، ومبنى الشرع على التغليظ على من يبغي ما لا يجوز ابتغاؤه ، فلما كان السُّكر شَوْفَ النفس ، التحق عند حصوله بمعصية مختارة ، وانخلاع القدم ، واسترخاء النفاس ليس مطلوب

(١) في الأصل : « استقلَّ » ، وهو تحريف والتصويب من المحقق على ضوء أسلوب الإمام ، واستخدامه لهذا اللفظ في هذا المعنى دائماً و « استبَلَّ » أي شُفي وعادت إليه عافيته .

(٢) عاطت المرأة : لم تحمل سنوات من غير عقم ، وقيل : إن ذلك بسبب سمنها وشحمها (اللسان ، والمعجم ، والقاموس) .

ثم هي في الأصل غاطت (بالغين المعجمة) ومع ذلك فالكلمة (عاطت) غير مستقيمة في سياقها ؛ إذ المعنى أن المرأة تفعل فعلاً تتسبب به إلى الإجهاض وإلقاء جنينها ، وهذا لا تؤديه (عاطت) .

ولما أصل بعدد إلى اللفظة التي يظن أن هذه حرفت عنها ، مع تقليبها على جميع صورها الممكنة . والله أعلم .

الآن والكتاب مائل للطبع حصلنا على صورة من هذا الجزء من (صفوة الذهب) ووجدنا الكلمة فيها واضحة وهي : « وإذا (عالجت) المرأة ؛ فأَجْهَضَتْ » والمعنى إذا تسببت في الإجهاض وتعاطت أسبابه من شراب أو طعام ، أو فعلٍ . (فانظر واعجب كيف تصحفت الكلمة (عالجت) إلى (غاطت) !!! .

النفوس ، ثم السُّكر في عينه تركٌ للصلاة ، أو سببٌ خاصٌّ فيه ، فلم يُسقط قضاء الصلاة قولاً واحداً .

وأما الحكم بوقوع الطلاق ، فمما يقع متفرعاً على السكر ، وقد لا يتفرع ، وكأن التردد فيه وفي أمثاله لما نبهنا عليه ، والسُّكر بالإضافة إلى الصلاة عينُ الترك ، أو سببٌ خاصٌّ في الترك .

٩١١٦- ومن تعاطى شيئاً يزيل العقل من غير حاجة عصي ربّه/ ، ثم قال ٥٩ ش الأصحاب : حكمه إذ اختلط عقله كحكم السكران .

والذي أراه فيه أنه لا يلحق بالسكران ، والتحقيق فيه أن هذا النوع من زوال العقل إذا لم يكن مقصوداً ، فهو عندنا في حكم الصّلاة كانخلاع القدم في حق من يردي نفسه ، وكالنفاس في حق المستجھضة .

وإذا كان الفقه المحض يقتضي إسقاط قضاء الصّلاة مع خلافٍ فيه ، فالقطع بإلحاقه بالسكران لا وجه له ، وكذلك إذا تسبب فجئن نفسه ، ففي الأصحاب من ألحقه بالسكارى . وهذا غفلةٌ عن المعنى الذي نبهنا عليه .

ولما أراد المزنّي نصرته مذهبه في أن طلاق السكران لا يقع ، احتج بالذي جنّ نفسه ، ولم ير أنه يخالف في وقوع طلاقه ، وللأصحاب فيه التردد الذي حكيناه ، وفي كلام القاضي ما يدل على القطع بإلحاقه بالسكارى ، وهذا فيه خلل ظاهر لما نبّهت عليه .

ولم يختلف أصحابنا في أنّ من أوجر خمراً ، فسكر ، وطلق ، لم يقع طلاقه .

ومن تداوى ببَنْج^(١) ، أو غيره ، فزال عقله ، لم يقع طلاقه .

وإذا حرّمنا التداوي بالخمر ، فالمتداوي بها عاصٍ بشربها ، ولا يخفى الحكم وراء ذلك .

* * *

(١) بَنْج : البَنْج : مثال فلس ، نبت له حب يخلط بالعقل (المصباح) .

باب الطلاق بالحساب

قال الشافعي : « ولو قال لها : أنت طالق واحدة في اثنتين . . . إلى آخره » (١) .

٩١١٧- إذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق واحدة في اثنتين ، فإن قال : نويت واحدة مع اثنتين - والمرأة مدخول بها - وقعت الثلاث ، لأن ما قاله محتمل ، ونحن نوقع الطلاق بأدنى احتمال يديه ، وإن كنا لا ندفع الطلاق بمثله ، وكلمة (في) قد تستعمل بمعنى (مع) قال الله تعالى : ﴿ ادْخُلُوا فِي أُمَمٍ قَدْ خَلَتْ ﴾ [الأعراف : ٣٨] أي (مع) أمم .

وإن أراد جعل الطلقتين ظرفاً ، ورأى الواقع واحداً هو المقصود بالوقوع ، فهذا مقبول منه ؛ فإن (في) معناه الظاهر إفادة الظرف ، والإشعار به ، ثم الذي في الظرف يخالف الظرف .

وإن أراد به الحساب - وكان عالماً به - حمل لفظه على الحساب ، ووقع ثنتان .

وإن أطلق لفظه ، وزعم أنه لم يرد شيئاً ، فقد ذكر القاضي وغيره من المحققين قولين : أحدهما - أنه محمول على الحساب ، فيقع ثنتان .

والثاني - أنه لا يقع إلا واحدة ؛ لأنه يحتمل الحساب ، ويحتمل الظرف ، ولا مزيد على المستيقن ، وهو طلقة واحدة ، وما زاد مشكوك فيه ، وقربوا هذين القولين من قول الزوج لامرأته المدخول بها : أنت طالق طالق طالق ، إذا زعم أنه أطلق لفظه ، ولم يَعرِ تأكيداً ولا تجريداً .

وهذا في عالمِ بعبارة الحساب يزعم أنه أطلق لفظه ، ولم يخطُر^(١) له معنى .

وفي بعض التصانيف ذكُر قول ثالث ، وهو أنه يقع ثلاث طلاقات وذكره شيخنا ، وهو بعيدٌ ، ووجهه على بعده أنه يعرض لثلاث طلاقات مع صلة والأصل وقوع العدد الذي تلفظ به .

وكل ما ذكرناه فيه إذا كان عالماً بمراد الحُساب بمثل هذه اللفظة .

٩١١٨- فإن كان جاهلاً بمراد الحُساب ، وقد أطلق اللفظ ، فالذي قطع به المحققون أنه لا يقع إلا واحدة إذا زعم أنه/ لم يكن له قصد . وينقدح عندنا خروج ٦٠ ي القول الذي حكيناه عن بعض التصانيف في إيقاع الثلاث ؛ نظراً إلى التلفظ بها ، ولكنتي لست أثق بهذا القول .

ولو قال مُطلق هذا اللفظ - وهو جاهل بالحساب وعبارة أهله - : أردت بهذا اللفظ ما يعنيه الحُساب ، ولست عالماً به ، ففيما يقع والأمر كذلك وجهان ذكرهما العراقيون : أحدهما - أنه يقع ما يقتضيه الحساب ؛ فإنه قصد الطلاق ، وربط العدد بمقصودهم ، فيقع الطلاق ويراجع الحُساب في مقصودهم ، وهو كما لو قال : إن كان الطائر غراباً ، فامرأته طالق ، فليس هو على علم بموقع الطلاق في الحال ، ولكن إذا تبينا تحقق الصفة ، حكمنا بوقوع الطلاق تبييناً .

والوجه الثاني - أنه لا يقع إلا واحدة ؛ فإنه لم يفهم معنى اللفظ ، والنيات لا تثبت على الإبهام ، وإنما تثبت على التحقيق والتفصيل ، ولا خلاف أن الأعجمي إذا نطق بالطلاق بلغة العرب ، ونوى معناه عند أهله ، ولم يفهمه عند إطلاق اللفظ ، ثم وضع له معناه ، لم يقع الطلاق باتفاق الأصحاب ، وليس هذا كما لو علق الطلاق على صفة هو جاهل [بها]^(٢) فإن قصده إلى الطلاق ثابت ومتعلقه مشكل ، فيبحث عنه ، ومعظم التعليقات كذلك تقع .

ويخرج عندنا على هذا الخلاف أن يقول القائل : طلقت فلانة مثل ما طلق فلان

(١) من بابي : ضرب وقعد .

(٢) مزيدة من المحقق .

زوجته ، وكان لا يدري أنه طلق زوجته واحدة أو أكثر ، فيقع الواحدة ، وفي الزيادة الخلاف الذي ذكرناه .

٩١١٩- وهذا أصلٌ ، فلتسند إليه مسائله ، وحاصله أن من لفظ ولم يدر أصل معنى الطلاق ، ثم يُبين له أن معناه الطلاق ، فلا خلاف أنه لا يقع الطلاق ، وإن علق الطلاق على مبهم تعلق به .

وإن قصد أصل الطلاق ، وأبهم فيما زعم قصده في العدد وأحاله على قول الغير ، فهذا موضع التردد .

٩١٢٠- ثم قال الشافعي : « ولو قال : أنت طالق واحدة لا تقع عليك »^(١) فهي واحدة تقع »^(٢) .

والأمر على ما ذكر ، فإنه أتى بالطلاق ، ثم أتى بما يدفعه على وجه لا ينظم ذو الجذ مثله ، فكان بمثابة ما لو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً ، وسنعيد هذا في أصل الاستثناء ، ونجمع من هذا الجنس محلّ الوفاق والخلاف .

فصل في

قال : « وإن قال : واحدة قبلها واحدة ، كانت طلقتين . . . إلى آخره »^(٣) .

٩١٢١- إذا قال لامرأته التي دخل بها : أنت طالق وطالق ، طلقت طلقتين على الترتب ، فيلحقها واحدة بقوله الأول ، والثانية بقوله الآخر .

ولو قال لها : أنت طالق ثلاثاً ، فالمذهب المبتوت أن الثلاث تقع عند الفراغ من قوله : ثلاثاً .

ومن أصحابنا من يقول : إذا فرغ عن قوله : ثلاثاً ، تبين وقوع الثلاث بقوله : أنت طالق .

(١) زيادة من متن المختصر .

(٢) ر . المختصر : ٨٢/٤ .

(٣) ر . المختصر : ٨٢/٤ .

وهذا الخلاف مأخوذ [ممّا]^(١) إذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق ، فماتت ، ثم قال : ثلاثاً ، فمن قال ثمّ : لا يقع شيء ، فيقول في سلامة^(٢) الحال : يقع الثلاث عند قوله ثلاثاً .

ومن قال ثمّ : يقع الثلاث ، يقول في سلامة الحال : يقع الثلاث بفراغه من قوله : أنت/ طالق .

٦٠ ش

ومن قال ثمّ : إذا ماتت المرأة ، وقعت طلقة بقوله : « طالق » في حياتها ، فيلزمه على هذا المساق أن يقول : يقع طلقة بقوله طالق ، ويتم الثلاث بقوله ثلاثاً .

هذا مسلّك لبعض الأصحاب ، وهو ساقط عندنا ؛ فالوجه القطع بأن الثلاث تقع مع الفراغ من الكلام ؛ إذ لا خلاف أنه إذا قال للتي لم يدخل بها : أنت طالق ثلاثاً ، طلقت ثلاثاً ، ولو كانت تطلق واحدة بقوله أنت طالق ، لبانت ثم لا يلحقها غير الواحدة .

ومن لطيف الكلام في هذا أنه إذا أنشأ قوله : أنت طالق ، وعزم على أن يقول ثلاثاً ، فهذا ليس يطبّق قصد الثلاث ونيتها على قوله طالق ؛ فإنه بنى كلامه على أن يصرح ويعول على ذكر الثلاث ، فلا معنى للمصير إلى أنه في حكم من يقول : أنت طالق وينوي الثلاث ، ولكن إن تمّ اللفظ واتّسق على ما أراد ، فالتعويل على اللفظ .

والوجه القطع بوقوع الثلاث مع الفراغ من اللفظ ، وإن طرأ ما يمنع نفوذ الطلاق كالموت في المخاطبة ، فيثور الإشكال الآن ؛ فإن تعطيل لفظه ، وقد أتى بما يستقل ويفيد في حالة الحياة محال ، فاضطرب رأي الأصحاب عند طريان ما وصفنا ، فمن [طرد]^(٣) القياس الذي قدمنا صائر إلى أن بعض اللفظ إذا وقع بعد الموت ، لغا كلّهُ ، وهذا وهم ، والمصير إلى وقوع الثلاث وهمٌ ، والأقرب ألا يعطّل ويكتفى بموجب اللفظ المصادف للحياة .

(١) في الأصل : فيما .

(٢) سلامة الحال : أي عدم موت الزوجة .

(٣) في الأصل : « طارد » .

وينتظم من هذا أنه إذا أنشأ الطلاق على أن يفسره ، فالأمر فيه موقوف ؛ فإن انتظم اللفظ من غير مانع ، قطعنا بوقوع الكل مع آخر اللفظ ، وإن طراً مانع ، فعند ذلك يضطرب الرأي ، كما نبهنا عليه .

٩١٢٢- ولو قال لامرأته التي لم يدخل بها : أنت طالق وطالق ، فلا يلحقها إلا الطلقة الأولى . ولو قال : أنت طالق ثنتين ، أو قال : أنت طالق ثلاثاً ، فيلحقها العدد المفسر إجماعاً .

٩١٢٣- ولو قال لامرأته التي دخل بها : أنت طالق طلقةً قبلها طلقةً ، أو أنت طالق طلقةً بعد طلقةً ، فيلحقها طلقتان ؛ فإنه وإن رتب لفظه وجاء بالطلقتين في صيغتين ، فالمدخول بها تحتمل الطلقات المتتابعات .

٩١٢٤- ثم إذا لحقها طلقتان ، فلا خلاف أنهما يقعان في زمانين ؛ فإنه مصرح بإيقاعهما كذلك ، وذكر العراقيون وجهين في كيفية وقوع الطلقتين بهاتين الصيغتين بعد القطع بوقوعهما في زمانين : أحد الوجهين - أنه يتنجز طلقةً ، ويستبين وقوع طلقة قبلها . والثاني - أن الموقوع المنجز يتنجز ويعقبه طلقة أخرى .

وقد ذكر القاضي الوجهين على هذا النسق .

وهذا مضطرب عندي ، فإننا ننظر إلى الطلاق المنجز ، فإن قدرنا وقوع طلقة قبله على معنى أنها تتقدم على لفظ المطلق ، فهذا من المحالات ؛ فإن الطلاق لا يتقدم وقوعه على لفظ المطلق ، وإن نظرنا إلى الطلاق الموقوع ، وقلنا : يقع [بعد]^(١) طلاق ي ٦١ آخر ، فهذا/ أحد الوجهين الذي لا يفهم غيره في الإمكان والوقوع .

ولكن يسوغ للمقائل الأول أن يقول : إذا قال : أنت طالق طلقة قبلها طلقة ، فلا يقع ما في ضمن قوله : أنت طالق طلقة ، حتى يقدمه طلاق ، وهذا الطلاق الذي يتقدم يقع أيضاً بعد اللفظ ، وكأن المعنى : أنت طالق طلقة من قبلها طلقة تقع ، فهذا يزيل الخبط والاضطراب ، ويقطع توهم الغلط .

(١) في الأصل : « بعده طلاق » وهو مخالف للسياق .

فإذا انتظم الوجهان ، فتمام المراد أنه لو أراد بقوله : قبلها طلقة إسناد الطلاق إلى ما قبل تلفظه ، فيكون ذلك بمثابة قوله : أنت طالق الشهر الماضي ، وقد قدمنا ما فيه من الأقسام ، ويعترض في أقسام تلك المسألة أنه لو أراد الإيقاع في زمانٍ مضى ، فهل يُحكم بالوقوع ؟ فعلى وجهين . وفي هذه المسألة إن أراد بقوله : قبلها طلقة ما ذكرناه ، فالكلام كالكلام المقدم في الشهر الماضي ، وإنما قطع الأصحاب بوقوع الطلقتين من غير إعادة تلك الأقسام ، لبنائهم المسألة على ترتيب الطلقتين بعد اللفظ ، ولا ينتظم والمسألة هكذا إلا مع تأخير وقوع مضمون قوله : أنت طالق ، فليفهم الناظر ذلك ؛ فإنه دقيق المدرك .

٩١٢٥- ونعود بعده إلى إطلاق الوجهين ، ونفرض عليهما أمر التي لم يدخل الزوج بها .

فإذا قال للتي لم يدخل بها : أنت طالق طلقة قبلها طلقة ، أو قال : أنت طالق طلقة بعد طلقة ، فكيف الوجه ؟ لا خلاف أنه لا يلحقها طلقتان ؛ فإن هاتين الطلقتين تقعان على المدخول بها في زمانين ، ولا يتصور أن يلحق بها طلاقان في زمانين ؛ فإنها تبين بأولهما ، ولكن تلحقها طلقة واحدة أم لا يلحقها شيء ؟ هذا محل النظر .

قال القاضي : إن حكمنا بأن مضمون قوله : « طلقة » يقع ، ثم يتبعه طلقة ، فهذه يلحقها طلقة وهي الموقعة وتبين ، ولا يلحقها ما بعدها .

وإن قلنا : يتأخر مضمون قوله طلقة ويقدمها طلقة بقوله : « قبلها طلقة » . قال القاضي : على هذا لا تطلق هذه أصلاً ، واعتل بأن قال : لما قال لها : « أنت طالقة قبلها » ، فحاصل كلامه : أنت طالق طلقة مسبقة بطلقة ، ولا يتصور في غير المدخول بها طلقة مسبقة بطلقة ، وإذا لم يقع الطلقة المعيّنة بقوله : « أنت طالق طلقة » لا تقع الطلقة السابقة تقديرًا ؛ فإن الأولى شرطها أن تكون قبل ثانية ، وإذا عسرت الثانية ، فالتالي يقدرها سابقة لا يقال فيها قبلها ، فعسر إيقاع الطلقتين ، ودارت المسألة . وهذا على نهاية الحسن واللفظ .

ثم في المسألة غائلة ، وذلك أن القاضي قال : من ذهب مذهب ابن الحداد ،

وصار إلى أن الدّور يمنع وقوع الطلاق ، فالجواب ما ذكرناه ، من امتناع وقوع الطلاق على التي لم يدخل بها بالعبرة التي ذكرناها .

ش ٦١ ومن ذهب مذهب أبي زيد ولم يُدر المسألة قال : تلحق المرأة طلاقاً واحدة/ ، فإن القول بالدّور - على أصله - باطلٌ .

٩١٢٦- وهذا كلام مختلّ ؛ من جهة أن صورة الدّور : أن يقول لامرأته : « إذا طلقتك ، فأنت طالق قبل تطليقي إياكِ ثلاثاً » . فإذا نجّز تطليقها ، لم يقع شيء على رأي ابن الحداد ومعظم الأصحاب ، وسببه أنه لو وقع ما نجّز ، لوقع قبله ثلاثاً ، ولو وقعت الثلاث ، لامتنع وقوع ما نجّز .

ووجه قول أبي زيد أن الشرط لا يقف على المشروط ، بل المشروط يقف على الشرط ، وما نجّزه شرط ، فليقع ، ثم ننظر في الجزاء ويسره وتعسّره .

والمسألة التي نحن فيها ليست من هذا القبيل ؛ فإنه ليس في لفظ المطلق شرطٌ ولا جزاء ، نعم ، فيها صفة وموصوف ، وارتباط على هذا الحكم ؛ فإن كانت الطلقة المقدّمة المعنيّة [بقوله]^(١) قبلها موصوفة بكونها سابقة ، فلتقع لاحقة ، وإن وقعت فردة ، فليست سابقة ، فهذا من باب تعذّر الصفة ، ثم تتعذر المسبوبة تعذراً حقيقياً ، إذ ليس من الممكن فرض طلاق مسبوقة في التي لم يدخل بها إذا كان يوقعهما في قرَن ، فليس هذا مأخذ الدور ، وإن كان يشابهه من طريق التعذر بالارتباط .

ولو صحّ هذا ، لقال أبو زيد : لا يلحقها طلاق ، وإن كان الشرط المنجّز عنده يقع في مسألة الدّور .

٩١٢٧- فالوجه وراء هذا أن نقول : إن أوقعنا مضمون قوله : أنت طالق أولاً ، فهذه تلحقها طلاق ، كما قدمنا ، وإن رأينا في المدخول بها أن توقع أولاً مضمون قوله قبلها ، فيحتمل وجهين : أحدهما - ما ذكرناه ، وتوجيهه الصفة والموصوف .

ويحتمل - أن نقول : يقع طلاق ؛ فإنه قصد توزيع طلقتين على زمانين ، ولا يكون طلاق قط صفة لطلاق ، فعلى هذا يلحقها الأولى ، وكأن هذه العبارة بمثابة قول

(١) في الأصل : بقولها .

القائل : أنت طالق طلقاً وطلقةً ، فإذا نُجِري الوجهين على أحد الوجهين ونوجههما بهذا ، فأما الأخذ من قول ابن الحداد وقول أبي زيد ، فلا وجه له .

ولو قال للتي دخل بها : أنت طالق طلقاً قبل طلقاً ، أو قال : أنت طالق طلقاً بعدها طلقاً ، فاللفظان معناهما واحد ، ولا حاجة بنا إلى تكلف [بيان]^(١) ذلك ، فلي تأمله الناظر ، واستواء هذين اللفظين في معنيهما كاستواء اللفظين الأولين في معنيهما .

فإذا خاطب بما ذكرناه امرأته المدخول بها ، وقعت طلقتان . وإذا قال لغير المدخول بها : أنت طالق طلقاً قبل طلقاً ، أو طلقاً بعدها طلقاً ، فتلحقها طلقاً لا محالة ؛ فإن الطلقة الموقعة أولى ، وإذا كانت أولى ؛ فإنها تقع . وقد يتمسك الفطن بهذا محتجاً لأحد الوجهين في المسألة الأولى ، ويقول : إن صح مذهب الوصف والموصوف ، وجب أن يقال : لا تقع الطلقة الأولى ؛ فإنها لا تقبل الوصف باستعقاب أخرى ، وإذا امتنع هذا ، فقد زالت/ الصفة ، فيزول الموصوف . ٦٢ ي

وقد ينقدح عن هذا جواب لا يخفى ؛ فإن الرجل إذا قال لأمته : أول ولدٍ تلدينه ، فهو حر ، فإذا ولدت عن نكاح أو سفاح عتق ، وإن لم تلد بعده ، وستأتي هذه الألفاظ بمعانيها ، إن شاء الله .

٩١٢٨- ولو قال للتي دخل بها : أنت طالق طلقاً [معها طلقاً ، أو مع طلقاً ، طلقت طلقتين]^(٢) واختلف أصحابنا في كيفية وقوعهما ، فمنهم من قال : يقعان معاً ؛ لأن كلمة مع للاقتران ، والوفاء بمعنى لفظه ، ممكن ، فيجب الحكم بالإيقاع على نحو ما ذكره ، ومعنى لفظه الجمع .

والوجه الثاني - أنه تقع طلقاً وتعقبها طلقاً أخرى ؛ فإنه أتى بلفظتين ليست واحدة منهما تفسيراً للأخرى ، وكل لفظة مستقلة ، فليقع الطلاقان بهما في زمانيهما ، وقد

(١) زيادة من المحقق .

(٢) ما بين المعقفين ساقط من الأصل . وأثبتناه أولاً رعاية للسياق ، ثم وجدناه بنصه - والحمد لله - في مختصر ابن عسرون (ر . صفوة المذهب : جزء ٣ ورقة ٤ شمال) .

صدرا منه في زمانين ، فليقع كل طلاق عند منقراض كل لفظ ، وليس كما لو قال : أنت طالق ثلاثاً ؛ فإن آخر الكلام بيان الأول .

ويتصل ببيان الوجهين أنا إذا قلنا : يقع الطلاقان في وقتين ، فلا إشكال أنهما يترتبان ، وإن قلنا : يقعان معاً ، فلا يقع بقوله : « أنت طالق طلقة » شيء ، حتى ينتج الفراغ من اللفظ الأخير ، ويتنزل اللفظان منزلة قول القائل أنت طالق ثلاثاً ، وقد أوضحنا أنه إذا جرى هذا اللفظ ، ولم يطرأ مانع ، وقع الثلاث مع الفراغ من آخر الكلام .

٩١٢٩- فإذا تبين هذا فرعنا على الصورة التي ذكرناها مخاطبة المرأة التي لم يدخل بها بما ذكرناه ، فإذا قال : أنت طالق طلقة مع طلقة ، أو قال : معها طلقة ، فإن قلنا : في المدخول بها يلحقها طلاق واحد ، ثم يعقبه طلاق ، [فإذا]^(١) لم يكن مدخولاً بها ، لحقها طلاق ولم تلحقها أخرى . وإذا قلنا في المدخول بها : إن الطلاقين [يلحقانها]^(٢) على جمع واقتران ، فنقول : يلحق غير المدخول بها طلاقان ، كما لو قال لها : أنت طالق طلقتين .

وقال أبو حنيفة^(٣) : إذا قال لغير المدخول بها : أنت طالق طلقة قبلها طلقة ، أو بعد طلقة ، تقع طلقتان .

وهذا يخالف جميع مسالكنا ، وهو قول من لا يدري ولا يحيط بحقائق الألفاظ ، فإن قوله : (قبلها) و (بعد) صريح في الترتيب والنص على الزمانين . وقال : إذا قال لها : أنت طالق طلقة قبل طلقة ، أو بعدها طلقة وهي غير مدخول بها ، لم يلحقها إلا طلقة واحدة .

٩١٣٠- فإذا قال : أنت طالق طلقة تحت طلقة ، أو قال : تحتها طلقة ، أو فوق طلقة ، أو فوقها طلقة ، أو على طلقة ، أو عليها طلقة . فقد قال الأئمة : هذا

(١) في الأصل : وإذا .

(٢) في الأصل : يلحقهما .

(٣) ر . مختصر الطحاوي : ١٩٨ ، المبسوط : ١٣٣/٦ ، تبين الحقائق : ٢١٣/٢ .

بمثابة ما لو قال : أنت طالق طلقة مع طلقة ، أو معها طلقة ؛ فإن هذه الصلوات تقتضي من الجمع ما يقتضيها (مع) فكان الجواب فيها كالجواب في (مع) .

فَرَجَّ : ٩١٣١- لو قال لغير المدخول بها : إن دخلت الدار ، فأنت طالق وطالق ، فدخلت الدار ، فكم يلحقها/ من الطلاق ؟ اختلف أصحابنا في المسألة : فمنهم من ٦٢ ش قال : لا يلحقها إلا طلقة واحدة ؛ لأن المعلق بلفظ بمثابة المنجّز عند وجود الصفة ، فكأنه قال لها عند الدخول : أنت طالق وطالق ، ولو نجّز ذلك على هذا الوجه ، لم يلحقها إلا واحدة .

والوجه الثاني - أنه يلحقها الطلاقان ؛ فإن كل واحد منهما معلق بالدخول ، ولو فرضا في حق المدخول بها ، لقليل وقعا معاً مع الدخول ، أو على الترتيب ، كما أشرنا إليه ، وليس كما لو نجّز فقال : أنت طالق وطالق ؛ فإن كل لفظ مستقل بتنجز الطلاق ، ولا تعلّق لأحد اللفظين بالآخر . ونحن في الطلاق المعلق لا نقدر تصحيح النطق بالطلاق عند وجود الصفة ؛ فإنه لو قال لامرأته : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، ثم جُرَّ ، فدخلت الدار ، وقع الطلاق ، وإن لم يكن الزوج عند دخول الدار من أهل التطلق ، فإذا الطلاقان يتساوقان في الدخول ، ويقعان على جمع^(١) .

وهذا فيما إذا قدّم الشرط وقال : إن دخلت الدار ، فأنت طالق وطالق .

فأما إذا أخر الشرط ، وقال : أنت طالق وطالق إن دخلت الدار ، فهذا رتبّه الأصحاب على ما لو قدّم الشرط . فإن قلنا هناك : يقع طلقتان فهأنا أولى ، وإن قلنا هناك : يقع واحدة ، فهأنا وجهان ، والأظهر وقوعهما ؛ فإنه قدّم ذكر الطلاق ، ثم ذكر الرابط من بعد ، فكان مشبهأ بما لو قال : أنت طالق ثلاثاً .

وهذا الترتيب لا يتحصّل عندنا والتعليق شرطٌ قدّم أو أخر ، والوقوع جزاء قدّم أو أخر ، فلا يعتدّ بمثل هذا إلا من لا دُرْبَة له في نظم الكلام والعربية .

(١) على جمع : أي يقعان معاً .

فَصْلٌ

قال : « وإن قال : رأسك أو شعرك . . . إلى آخره »^(١) .

٩١٣٢- إذا أضاف الطلاق إلى جزء يتصل بها اتصال خلقة مثل أن يقول : رأسك أو يدك ، أو شعرك طالق ، فيقع الطلاق ، ولو أضاف الطلاق إلى جنينها ، لم يقع الطلاق ، اتفق^(٢) عليه نقلة المذهب .

ولو أضاف الطلاق إلى فضلات بدنها كالدمع ، والريق ، والبول ، والعرق ، وما في معناها ، ففي المسألة وجهان : أصحابهما - أنه لا يقع ؛ لأن هذه الأجزاء لا يلحقها الحلّ والحرمة ، [وليست متصلة]^(٣) بها اتصال خلقة ؛ فإن قيل : ما الفرق بين هذه الأشياء وبين الجنين ، والجنين متكون من فضلة منها ؟ قلنا : ولكن له حكم الاستقلال والانفصال .

وإذا قال : روحك طالق ، وقع الطلاق ؛ فإنه يعبر به عن الجملة ، وكأنه الأصل المقوم ، وما عداه فرع .

وإذا قال : دمك طالق ، فلاصحابنا طريقان : منهم من قطع بوقوع الطلاق ؛ فإن الدم في معنى الروح ؛ إذ به قوام البدن ، وليس من الفضلات التي تنفضها الطبيعة ، كالبول وما في معناه .

٦٣ ومنهم من قال تُجري الوجهين في الدم ؛ لأنه/ غير متصل اتصال التحام والتثام وليس [الروح]^(٤) المقوم بمثابة الفضلات ، ثم البدن لا يخلو عن الفضلات وتنفض الطبيعة بعضها ، والدم كذلك .

ولو قال للمرأة : لبنك طالق ، أو قال : منيك طالق ، قال الأصحاب : اللبن

(١) ر . المختصر : ٨٢/٤ .

(٢) لم يسلم الرافعي للإمام باتفاق الأصحاب نقلة المذهب على ذلك ، ونقل عن أبي الفرج الزاز حكايته وجهاً في وقوع الطلاق إذا أضافه إلى جنينها . (ر . الشرح الكبير : ٥٦٨/٨) .

(٣) في الأصل : وليس متصلاً بها .

(٤) في الأصل : الزوج .

كالرجيع والبول ، فإنه يُتَنَفَّضُ لا محالة ، بخلاف الدَّم القارّ في العروق . وإذا قال : منيك طالق ، فهو في معنى اللبن ؛ فإن ما يصير [منياً]^(١) يُتَنَفَّضُ ومادته الدَّم ، وما دام دماً لا يكون منياً .

ولو أضاف الطلاق إلى صفة من الصفات التي ليست من الأجزاء كالحُسن ، والقبح ، واللون ، لم يقع الطلاق .

ولو قال : سِمْنُكَ طالق ، فالسَّمَن جزء من أجزائها ملتحم [بها]^(٢) .

ولو قال : شحمك طالق ، والشحم على الثَّرب^(٣) كالشيء الجامد ، ولا التحام له ، ولا روح فيه وإذا اندلقت حشوة^(٤) الإنسان من الجرح فيئان الشحم منه ولا يَألم ، فهذا فيه ضرب من التردد^(٥) ، وليس عندنا مذهبٌ ننقله .

ولو قال : حياتك طالق والحياة صفة ، فالأشبه أنها بمعنى الروح ، ولا يختبطن الفقيه في الروح والحياة ، فيقع فيما لا يعنيه .

٩١٣٣- ولو أبيت أذنها فألصقتها بحرارة الدم والتحمت - إن أمكن ذلك وتُصوّر - فلو أضاف الطلاق إلى هذه الأذن الملتحمة ، ففي وقوع الطلاق وجهان : أحدهما - أنه يقع للاتصال الحقيقي من جهة الخلقة .

والوجه الثاني - أنه لا يقع ؛ لأنها مستحقة الإبانة والفصل لأجل الصلاة^(٦) ؛ فكانها

(١) في الأصل : ميتاً .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) الثرب : بالمثلثة المفتوحة ، بعدها راء مهملة ساكنة ، شحم رقيق يغطي الكرش والأمعاء (القاموس والمعجم) . وفوقه تتراكم الشحوم ومظاهر السمن .

(٤) حشوة الإنسان (بضم الحاء وكسرها) جميع ما في البطن عدا الشحم (المعجم) وخصها الفيومي في (المصباح) بالأمعاء .

(٥) واضح أن ميل الإمام إلى عدم الوقوع كما يفهم من تصويره ، وقد فهم ذلك الرافعي ، ولم يوافق ، بل رجح الوقوع . (ر . الشرح الكبير : ٥٦٨ / ٨) .

(٦) تعقب ابن أبي عصرون الإمام ، فقال : « قوله : لأن هذه الأذن مستحقة الإبانة لأجل الصلاة لا يصح ؛ لأن ما يبان من أجزاء الأدمي في حياته طاهر على المذهب ، والصلاة معه تصح ، وما عليه من دم معفو عنه ، سيما إذا خيف من قطعه » (صفوة المذهب : جزء (٥) ورقة : ٥ شمال) .

كالمبانة ، وحكمها حكم الجماد والميتة ، وهذه المسألة صوّرها الفقهاء وبنّوا الحكم على اعتقاد تصوّرها ، وهي ليست متصوّرة ، فإن ما أبين وفصل لا يلتحم قط في طرد العادة ، وقد بيان البعض فيلتحم ما أبين ، ومثل هذا لو أضيف الطلاق إليه وبعضه مبأن غير ملتحم ، فالطلاق يقع مع انقطاع البعض قبل التحامه .

ولو أضاف إلى الأخلاط المنسلكة في البدن كالبلغم والمرتين^(١) فسيبيل الإضافة إليها كسيبيل الإضافة إلى فضلات البدن ، وليس كالدم ؛ فإن به قوام البدن ، وهو مادة خَلَف ما ينحل من الإنسان .

٩١٣٤- ومن بقية الكلام في هذا الفصل أنه إذا أضاف الطلاق إلى جزء منفصل أو إلى جزء شائع ، وحكمنا بوقوع الطلاق ، فللأصحاب اختلاف مشهور في تقدير ذلك ، فمنهم من قال : يصادف الطلاق الجزء المعين ، أو الشائع ، ثم يسري منه ويستوعب ، كما يسري العتق من النصف .

ومنهم من قال : تقدير وقوع الطلاق بتنزيل عضو أو جزء منزلة الكل ، فإذا قال : يدك طالق ، أو نصفك طالق ، كان كما لو قال : أنت طالق ، وإذا كان التقدير على هذا الوجه ، فلا حاجة إلى تقدير توجيه الطلاق على البعض والتسرية منه إلى الباقي .

توجيه الوجهين :

٩١٣٥- من قال يقدر فيه التسرية استدلالاً بمقتضى اللفظ أولاً ، وبما استشهدنا به من التسرية في العتق .

(١) المرتين : المرة خلط من أخلاط البدن ، وكان القدماء يعتقدون بأخلاط أو عناصر أربعة يجعلون لها التأثير في استعداد الإنسان ومزاجه ، وهذه الأخلاط هي الدم ، والبلغم ، والصفراء ، والسوداء . وكانوا ينسبون إليها فيقولون : دموي ، وبلغمي ، وصفراوي ، وسوداوي (المعجم مادة : م . ر . ر ، م . ز . ج) .

وقال الإمام هنا المرتين من باب التغليب ، فهو يريد : الصفراء ، والسوداء ، والصفراء هي المرة فساهما معاً المرتين . وهذا مفهوم من السياق ، حيث ذكر الدم من قبل ، وذكر هنا البلغم ، فلم يبق من الأخلاط - التي كانت معروفة عندهم - إلا الصفراء والسوداء ، فهما (المرتين) .

ومن قال : لا تقدر التسرية احتج بأن الطلاق لا يفرض له ثبات على جزء شائع حتى يُبنى عليه التسرية/ منه ، وليس كذلك العتق المضاف إلى الجزء الشائع وإذا كانت ٦٣ ش التسرية نتيجة إمكان الثبات على الجزء المذكور ، وذلك غير ممكن في الطلاق ، فيتصدى بعد ذلك إبطال اللفظ وإلغاؤه ، أو إعماله بتنزيله منزلة مخاطبة الجملة ، فإذا لم يمكن الإلغاء ، لم يبق إلا الوجه الثاني .

والذي يحقق هذا أنه لو قال : أنت طالق نصف طلقه ، لم يفرض ثبوت وسريان ، بل جعل النصف عبارة عن الكل ، فإذا ثبت الوجهان ، وفائدتهما أن الرجل إذا قال لامرأته : « إن دخلت الدار [فيمينك طالق ، ففُطعت يمينها ، ثم دخلت الدار] ^(١) فإن جعلنا تنفيذ الطلاق بتقدير التسرية من الجزء المعين ، لم يقع الطلاق ؛ لأن التسرية تستدعي تمكيناً من أصل ، [وذلك] ^(٢) الأصل زائل .

وإن جعلنا العبارة عن الجزء عبارة عن الكل ، فالطلاق واقع ، وقوله : يمينك بمثابة قوله : أنت طالق .

ولو قال لامرأته التي لا يمين لها : يمينك طالق ، فمن أصحابنا من خرّج هذا على التردد الذي ذكرناه ؛ وقال : إن جعلنا ذكر الجزء كالكل ، فالطلاق واقع ، وإن قدرنا التسرية ، لم يقع .

وهذا غير سديد في هذا المحل ، والوجه القطع بأن الطلاق لا يقع ؛ لأن العبارة لم تصادف معبراً ، فكان كما لو قال لامرأته : لحيثك طالق ، أو قال : ذكرك طالق . وهذا يجب أن يكون متفقاً عليه .

ولو أضاف العتق إلى عضو معين من عبده ، اختلف الأصحاب فيه أيضاً على حسب ما ذكرناه في الطلاق ؛ فإن تقدير تثبيت العتاق في الجزء المعين لينى عليه التسرية مستحيل ، فكان العتاق فيه كالطلاق في الجزء الشائع والمعين . ولو قال مالك العبد : نصفك حرّاً ، فظاهر المذهب تقدير التسرية .

(١) ما بين المعقفين زيادة من صفوة المذهب جزء ٥ ورقة : ٦ (يمين) .

(٢) في الأصل : فذلك .

ومن أصحابنا من قال : النصف في العبد الخالص عبارة عن الكل ، ولا يسلك فيه مسلك التسرية ؛ فإن العتق في المملوك الواحد لا يتبعض ، وإنما تفرض التسرية من ملك إلى ملك .

٩١٣٦- وما ذكرناه من الإضافة إلى الجزء المعين والشائع لا يجرى إلا فيما يقبل التعليق بالأغرار ويبنى على السريان والغلبة . قال القاضي : إضافة الإقالة والفسوخ إلى الجزء المعين فاسد لاغ ؛ فإن الفسوخ ينحى بها نحو العقود ، ولا تعلق كما لا تعلق العقود ؛ فما لا تصح إضافة العقد إليه لا يصح إضافة الفسخ إليه ، والإقالة بين أن تكون بيعاً أو فسخ بيع .

فَضْلُكَ

قال : « ولو قال : أنت طالق بعض تطليقة . . . إلى آخره »^(١) .

٩١٣٧- إذا قال لامرأته : أنت طالق بعض تطليقة ، طلقت طليقة واحدة ، وهذا على مذهب تنزيل العبارة عن البعض منزلة العبارة عن الكل ، ولا تتخيل التسرية في ذلك .

ولو قال : أنت طالق ثلاثة أنصاف طليقة ، أو أربعة أثلاث ، أو خمسة أرباع ، أو ما شابه ذلك ، فزاد على الأجزاء الطبيعية ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أنه لا يقع إلا طليقة ؛ فإنه أضاف الأجزاء التي ذكرها إلى طليقة واحدة ، فكان الاعتبار بالمضاف إليه ، فإن زادت الأجزاء ، فالزائد ملغى ؛ فإن الإضافة من غير مضاف إليه لاغية ، لا حقيقة لها .

٦٤ ي والوجه/ الثاني - أنه يقع طليقتان ؛ فإنه زاد على أجزاء طليقة ، فانصرف نصفان إلى طليقة وتمت بهما ، والزائد محتسب من طليقة أخرى والطلاق على الغلبة والسريان .

وحقيقة الوجهين ترجع إلى أن من الأصحاب من يعتبر المضاف إليه ولا يزيد عليه ، ومنهم من ينظر إلى الأجزاء المذكورة ، فإن كانت على قدر طليقة أو أقل ، نفذت

طلقة ، وإن كان في الأجزاء المذكورة زيادة ، فهي محتسبة طلبة أخرى .

٩١٣٨- ويتفرع على ما ذكرناه مسائل : فإذا قال : أنت طالق أربعة أنصاف طلبة ، ففي وجه طلبة ، والزيادة لاغية ، وفي الوجه الثاني طلقتان .

وإذا قال : خمسة أنصاف طلبة ، فهي في وجه طلبة ، وفي وجه ثلاث طلقات ؛ فإن الطلقتين يكملان بأربعة أنصاف ، والنصف الخامس يُعتد به من الطلبة الثالثة . وعلى هذا قياس سائر الأجزاء ، إذا زادت على أجزاء واحدة .

٩١٣٩- ولو قال : أنت طالق نصف طلقتين ، وزعم أنه أراد نصفاً من كل طلبة ، وقعت طلقتان ، ولو أطلق لفظه ، فالأصح أنه لا يقع إلا طلبة ، فإنه يظهر حمل نصف الطلقتين على طلبة من غير أخذ جزء من كل طلبة .

ومن أعظم الأصول المعتمدة ألا نوقع الطلاق إلا على استيقان ، أو ظهور يلي الاستيقان ، والضابط فيه أن يكون تقدير الحيد عن ذلك الظهور في حكم المستكره في الكلام المستبعد ، وحمل نصف الطلقتين على طلبة لا استكره فيه .

ومن أصحابنا من قال : يقع طلقتان ؛ فإن نصف الطلقتين بمثابة نصف العبدین ، ونصف العبدین نصف من كل عبد ، فليكن الأمر كذلك في نصف الطلقتين .

فإذا حمل هذا على الإشاعة ، لزم وقوع طلقتين ، وينشأ من هذا أنه لو قال : لفلان نصف هذين العبدین ، ثم قال : أردت أن أحد العبدین له ، لم يقبل ذلك منه وفاقاً ، والسبب فيه أنهما شخصان ، فلا شك لا يتمثالان ، فإضافة النصف إليهما تتضمن إضافة النصف إلى كل واحد منهما لا محالة ، وليس كذلك إضافة النصف إلى طلقتين ؛ فإن الطلقتين تضاهيان عدداً محضاً من غير تمثيل معدود ، فإذا أضيف النصف إلى اثنين من العدد ، اتجه فيه الحمل على واحد .

ومن سلك المسلك الآخر جعل الحكم المسمى بالعدد كالشخص المائل .

هذا إذا قال : أنت طالق نصف طلقتين وأطلق .

[فإن]^(١) قال : أردت [بنصف]^(٢) الطلقتين طلقة ، فإن حملنا المطلق على هذا ، فلا شك أنه إذا فسر به قبل ، وإن لم يحمل المطلق على هذا ، فإذا فسر به ، ففيه وجهان . ولهذا الفن أمثلة ومسائل مضى بعضها ، وسنكمل الأنس بذكر باقيها .

٩١٤٠- وبالجمله الألفاظ ومعانيها على مراتب عندنا ، فمنها : ما لا سبيل فيه إلى الإزالة ظاهراً وباطناً ، وهذا يفرض في جهات مخصوصة ، وهو ممثل بأن يقول لامرأته : « أنت طالق » ، ثم زعم أنه نوى طلاقاً لا يقع ، فهذا مردود ظاهراً وباطناً ، وضبطه أنه لو صرح به متصلاً ، لرُدَّ وألغي ، فلا يزيد منوئيه على ملفوظه .

ش ٦٤ والرتبة الثانية - ما لا يُقبل فيه تغيير اللفظ ظاهراً ، [ويَدَكِّن]^(٣) الالفاظ / بينه وبين الله تعالى . وهذا كقول القائل : أنت طالق ، مع إضماره التطليق عن الوثاق ، وقد ضبطنا قاعدة التدين بما فيه أكمل مُنْع ، وهذه المرتبة تضبط بأن يضم الالفاظ ما لا يعتاد إرادته باللفظ مع اختلاف الأحوال ، ثم ينقسم مسلك المذهب : فمن الأصحاب من يضبطه بما يمكن النطق به ، ومنهم من يضبطه بذلك ويشترط معه إشعار اللفظ به في وضعه على بُعد كالتطليق عن الوثاق .

والمرتبة الثالثة ظهور اللفظ في غرض مع صرفه بتأويل آخر إلى وجه آخر ، والصرف إلى ذلك الوجه قد يجري في مجاري الكلام ، ولا يبعد بُعد ما ذكرناه في المرتبة الثانية .

وهذا ينقسم ثلاثة أقسام : قد يظهر التأويل حتى يكاد [يكون]^(٤) اللفظ في حكم المتردد بين معنيين ، فيظهر في هذا المقام ألا نحكم بالوقوع بحكم اللفظ .

وقد يخفى التأويل - وإن كان يفرض جريانه - فيغلب أن مطلق اللفظ لا يُطلق اللفظ إلا على مقتضى ظهور ؛ فإن أراد غيره صُرف بالنية ، فما كان كذلك يضطرب الرأي في حكم إطلاقه .

(١) في الأصل : بأن .

(٢) في الأصل : تنصيف الطلقتين .

(٣) في الأصل : يبين .

(٤) زيادة من المحقق .

وقد يتناهى ظهور اللفظ ، ويخفى التأويل ، حتى يقتضي الرأي القطع بحمل المطلق على الوقوع ، ويتردد الرأي في قبول التأويل في حكم الظاهر ، فيصير التأويل في نظر مائلاً إلى التدين ، وفي نظرٍ يمتاز بتقدير إجراءاته في الفرق وإن كان على ندور . وتهذب هذه الأقسام بأن نقول : إذا تردّد اللفظ بين أن يقع ولا يقع ، وظهر التردّد ، قطعنا بنفي الوقوع .

وإن تعلّى عن التردّد ، وكان الوقوع أظهر ، ولم ينته التأويل إلى الخفاء ، [قطعنا]^(١) بقبول التأويل ؛ فترددنا في صورة الإطلاق .

وإن اتصل التأويل برتبة الخفاء ، أعملنا اللفظ المطلق ، وإن ادعى اللفظ صرفه إلى التأويل ، ترددنا فيه .

وهذا الذي نذكره أقصى الإمكان في الضبط .

وميزان هذه الأقسام قريحة الفقيه على شرط الرسوخ في معرفة اللفظ والعادة .

٩١٤١- وما ذكرناه الآن مثال قسم من هذه الأقسام . فإذا قال : أنت طالق نصف طلقين ، فالذي نراه أن الحمل على طلقة مع الحمل على نصفين طلقين في رتبة التقاوم واللفظ مردّد بينهما ، فكان الأظهر أن المطلق [منه]^(٢) يحمل على الأقل ، ومن أبدى فيه خلافاً ؛ فلإلفه بالخلاف في الألفاظ المطلقة وعدم اعتناؤه بمعرفة الإقرار^(٣) .

ولو قال : أنت طالق نصفين طلقين ، فاللفظ محمول على طلقين كيف فرض وقدّر .

ولو قال : أنت طالق ثلاثة أنصاف طلقين ، فالأجزاء المضافة زائدة على المضاف إليه ، فمن راعى المضاف إليه ، أوقع طلقين ، وألغى الزيادة ، ومن راعى الأجزاء في أنفسها أوقع ثلاث طلاقات على القياس المقدم .

(١) في الأصل : وقطعنا .

(٢) في الأصل : عنه . والمثبت تقدير منا . والمعنى أن المطلق من هذا النوع من الألفاظ يحمل على الأقل .

(٣) غير واضحة بالأصل . وقراءتها على هذا النحو غير مُرضية . (انظر صورتها) .

ولو قال : أنت طالق خمسة أنصاف طلقتين ، فمن راعى المضاف إليه ، لم يزد على طلقتين ؛ فإنه إذا ألغى الزيادة ، لم يكثر بمبلغها ، ومن نظر إلى الأجزاء أوقع الثلاث ؛ فإنه لم يجد أكثر من الثلاث .

٩١٤٢- ولو قال : أنت طالق سدس وثلث وربع طلقة ، فالواقع طلقة .

٦٥ ي

ولو قال : أنت طالق سدس طلقة وربع طلقة وثلث طلقة / ، فالمذهب الصحيح أنه يقع ثلاث طلاقات ؛ فإنه عطف الجزء على الجزء ، وأضاف كل جزء إلى طلقة ، فاقضى ذلك تغاير الطلاقات المضاف إليها ، وإذا تغايرت ، انصرف كل جزء إلى طلقة ، وهذا يقتضي التعدد لا محالة .

ومن أصحابنا من قال : إذا نوى صَرَفَ هذه الأجزاء إلى طلقة واحدة ، قبل ذلك منه ، وإن تعددت الألفاظ ، ومثل هذا القائل المسألة بما لو قال : أنت طالق طالق طالق ؛ فإن الألفاظ وإن تعددت تطرق إليها إمكان التوحيد والتأكيد ، فكذلك الطلاقات وإن تعددت ، فالأمر فيها على التردد ، وإذا ترددت الطلاقات بين التأكد والتجدد والأجزاء مضافة [إليها]^(١) ، تبع المضاف المضاف إليه .

وهذا ساقط لا أصل له ، والأصل ما قدمناه ؛ وذلك أنه لو قال : أنت طالق طلقة طلقة طلقة ، فالتأكيد مقبول ، ولو خلل بين الطلاقات صلات متغايرة ، فهي على التجدد ، والإتيان بالأجزاء المتغايرة يفيد من التجدد في المضاف إليه ما تفيده الصلات المتغايرة ، والمسألة مفروضة فيه إذا قال : أنت طالق سدس طلقة وثلث طلقة .

وقد يجرى ذلك الوجه الضعيف فيه إذا قال : أنت طالق ثلث طلقة وثلث طلقة وثلث طلقة .

٩١٤٣- ومن قواعد هذا الفصل إيقاع طلقة بين نسوة ، فإن هذا قد يُفْضَى إلى التبعض ، فكان منتظماً مع تبعض الطلاق . فإذا قال لأربع نسوة : أوقعت عليكن طلقة ، وقع على كل واحدة منهن طلقة لا محالة ، فإنه عمّهن ، وصرّح باشتراكهن ، فكانه طلق كل واحدة ربع طلقة .

(١) في الأصل : إليهما .

ولو قال : أوقعت عليكن طلقتين وقصد قسمة [الطلقتين]^(١) عليهن على استواء وتعديل من غير أفراد كل طلقة بالتوزيع على جميعهن ، فمقتضى هذه القسمة أن يخص كل واحدة نصف طلقة ، فيطلقن واحدة واحدة .

ولو قال : أردت كل طلقة على جميعهن ، فيخص كل واحدة منهن جزءان من طلقتين ، فتطلق كل واحدة طلقتين .

ولو أطلق ، ولم يتعرض لتفصيل القسمة ، فلفظه في الإطلاق محمول على استواء القسمة من غير تقدير فض^(٢) كل طلقة على جميعهن ؛ فإن تقدير هذا تأويل بعيد ، ولا تحمل اللفظة مع إطلاقه على التأويل البعيد .

وإذا قال الرجل لعبده : اقسم درهمين على هؤلاء الأربعة ، لم يفهم المأمور منه تقسيم كل درهم على جميعهم .

٩١٤٤- ولو قال : أوقعت بينكن تطليقةً ، ثم زعم أنه أراد تطليق واحدة منهن دون الباقيات ، والمعني باللفظ أوقعت طلقة على واحدة منكن ، فإذا كانت المطلقة بينهما ، فالطلاق بينهما ، وهو كقول القائل وهو يتهم بالسرقة واحداً من جمع : [المسروق]^(٣) لا يخرج من بين هؤلاء ، فيطلق اللفظ ، وإن كان يرى أنه في يد واحد منهم دون غيره من أصحابه . فإذا فسّر قوله : أوقعت بينكن تطليقة بما ذكرناه ، فقد ذكر الأصحاب وجهين/ : أحدهما - أن ذلك لا يقبل ؛ فإن مقتضى اللفظ التشريك وترك هذا ٦٥ ش المقتضى إزالة للظاهر بتأويل بعيد .

والوجه الثاني - أن هذا مقبول منه ، وهذا الوجه صححه بعض المصنفين ، وزعم أنه الأظهر ، وهو غير سديد . والصحيح حمل اللفظ على الاشتراك ؛ لأن الطلاق أضيف إلى جميعهن بصلته اتصلت بضميرهن .

(١) في الأصل : الطلقة . وكذا في (صفوة المذهب) لابن أبي عصرون ، والمثبت اختيار منا على ضوء ما يأتي من شرح الإمام للمسألة . والله أعلم .

(٢) فض : أي تقسيم .

(٣) في الأصل : والمسروق .

وقد زَيَّف القاضي قبول تخصيص الطلاق بواحدة منهن ، ولم يحك الشيخ أبو عليّ هذا الوجه أصلاً ، بل قطع بأن اللفظ محمول على الاشتراك ، ثم الذين يصححون وجوب الحمل على الاشتراك ويضعفون الوجه الآخر قاطعون بأن اللفظ المطلق من غير إبداء قصد محمول على الاشتراك .

ومن صحح قبول حمل الطلاق على واحدة لا بعينها ذكر في الإطلاق أن الظاهر الحمل على الاشتراك ، وشبّب بوجه مخالف لهذا واللفظ مطلق . وهذا باطل قطعاً ، فلا شك في الحمل على الاشتراك في الإطلاق ، وإنما التردد فيه إذا قال : أردتُ تطليق واحدة لا بعينها ، والأصح أنه لا يقبل .

٩١٤٥- ولو قال : أوقعت بينكن ثلاث طلاقات ، وأراد القسمة المستوية ، أو أطلق اللفظ ، فتطلق كل واحدة طلقاً ، ويخصها من القسمة ثلاثة أرباع طلقاً ، ثم تكمل .
ولو قال : أردت توزيع كل طلقاً عليهنّ ، طُلق كل واحدة ثلاثاً ، والمطلق محمول على القسمة المستوية .

ولو قال : أوقعت بينكن أربع طلاقات ، وأراد الاستواء ، أو أطلق ، طُلق كل واحدة طلقاً ، وأصابها من حساب القسمة طلقاً .

ولو قال : أوقعت بينكن خمس طلاقات [وهن^(١) أربع ، طُلق كل واحدة طلقتين ؛ فإن القسمة المستوية توجب أن يخص كل واحدة طلقاً وشيء .
ثم هذا جارٍ في الست والسبع والثمان .

فإن قال : أوقعت بينكن تسع طلاقات وأراد القسمة المستوية أو أطلق اللفظ ، طُلق كل واحدة ثلاث طلاقات ؛ فإن تسوية القسمة على الأربع والمقسوم تسعة يوجب أن يخص كل واحدة [طلقتان وربع]^(٢) ، أو جزء [طلقاً]^(٣) فتكمل .

وإن أراد تقسيط كل طلقاً ، فقسمة الثلاث عليهنّ يوجب تكميل الطلاقات في حق

(١) في الأصل : ومن .

(٢) في الأصل : « طلقتين وشيء » والمثبت من صفوة المذهب .

(٣) في الأصل : أو جزء الطلاق .

كل واحدة ، فلا معنى لذكر هذا القسم وراء الثلاث^(١) .

٩١٤٦- ولو قال : أوقعت بينكن خمس طلاقات وكن أربعاً ، فإن أطلق لفظه ، طلقت كل واحدة طلقتين ، كما تقدم ، وإن قال : أردت تطليق واحدة ثلاثاً ، وتطليق واحدة اثنتين ، وتبرئة اثنتين عن الطلاقات ، فهذا خارج على الخلاف الذي ذكرناه : فمن أصحابنا من قال : لا يجوز إخراج واحدة منهن عن الطلاق ؛ لما يقتضيه اللفظ من التشريك .

ومن أصحابنا من قال : يُقبل ذلك منه ، وقد قدمنا هذا الخلاف .

ولو قال : أردت تطليق فلانة منهن ثنتين ، وفضّ ثلاث طلاقات من الخمس على الباقيات ، حتى يطلقن واحدة واحدة ، فهذا ليس فيه إخراج واحدة عن أصل الطلاق/ ، ولكن فيه تفاوت بينهن في المقدار ، فمن قبل منه إخراج بعضهن عن قسمة ٦٦ ي قبل التفاوت في القسمة ؟ هذا فيه تردد : من أصحابنا من قال : لا بد من تقدير التسوية والقسمة ، ثم نظر إلى ما يقتضيه حكم القسمة في حق كل واحدة .

وقطع الشيخ أبو علي بأن التفاوت في القسمة مقبول من تفسيره ؛ فإنه أضاف الطلاقات إليهن وأبهم القسمة مرددة بين تخيير التفاوت وبين التعديل ، فإذا لم يأت ما يخالف الاشتراك [والإضافة]^(٢) مبهمة ، اتجه قبول تفسيره .

٩١٤٧- ولو قال : بينكن - وهن أربع - عشر طلاقات ، فإن أراد القسمة المستوية قبل ، وطلقت كل واحدة ثلاث طلاقات ؛ فإنه ينالها طلقتان ونصف .

ولو قال : أردت [فضّ]^(٣) العشر على أن يكون ثلاث على زينب ، وثلاث على عمرة ، وثلاث على فاطمة ، وواحدة على عائشة ، فهذا يخرج على التردد الذي ذكرناه واختيار الشيخ^(٤) فيه القبول .

(١) المعنى : أنه سبق أن قلنا : إن قسمة الثلاث عليهن (الأربع نسوة) توجب تكميل ثلاث طلاقات ، فلا معنى لذكر هذا القسم في كل ما هو وراء الثلاث ، أي زيادة على الثلاث .

(٢) في الأصل : فالإضافة . والتصويب من المحقق . والله الهادي إلى الصواب .

(٣) فضّ : أي قسمة . ثم هي في نسخة الأصل « نص » والتصويب من المحقق .

(٤) الشيخ : المراد هنا أبو علي .

ولو قال : أوقعت بينكن طلقتين وهُنَّ أربع ، ثم ادّعى أنه أراد تطليق اثنتين دون الآخرين ، ففي المسألة وجهان ، وكذلك لو قال : أوقعت بينكن أربعاً ، ثم قال : أردت طلقتين على واحدة وطلقتين على واحدة ، ففي المسألة الوجهان المذكوران .

ولو ادّعى أنه أراد إيقاع الأربع على واحدة منهن ، وفرّعنا على أنه يقبل منه تفسير التخصيص ، فهاهنا تطلق المعينة ثلاثاً ، وفي الطلقة الرابعة جوابان للقاضي : أحدهما - أنها تلغو ، فكأنه قال لواحدة : أنت طالق أربعاً ؛ فإننا إذا قبلنا التخصيص في الأصل ، فهذا من موجهه .

والجواب الثاني - أن هذه الطلقة الرابعة توزّع على الثلاث الباقيات ، حتى لا تضيع ؛ فإن تفسير التخصيص إنما يقبل إذا لم يتضمن إحباط طلاقٍ مما جاء به . والمسألة محتملة حسنة .

٩١٤٨- ولو قال وتحتة أربع نسوة لثلاث منهن : أوقعت بينكن طلقةً ، وحملنا هذا على الاشتراك ، فيقع على كل واحدة منهن طلقة بحكم اللفظ ، فلو قال للرابعة : أشركتك معهن - والمسألة لصاحب التلخيص^(١) - ، قال الأئمة فيها : إن لم ينبو بقوله أشركتك طلاقاً ، لم يقع شيء ؛ فإنه كناية . وإن قال : أردت بذلك طلقةً واحدةً وعנית بالإشراك أن تكون كواحدة منهن ، فيقبل هذا منه ؛ فإن هذا الاحتمال ظاهر . ولو قال : أردت بالإشراك أن تصير الرابعة شريكة لكل واحدة من الثلاث على التفصيل ، فينالها من شركة كل واحدة طلقة ، فتطلق ثلاثاً .

ولو قال : نويت الإشراك ، ولم يخطر لي لا الواحدة ولا الثلاث ، فقد قال القفال فيما حكاه الشيخ أبو علي : إن هذه الرابعة تطلق طلقتين ؛ فإنه نال الثلاث ثلاث طلاقات ، وهن حزبٌ ، وهذه الواحدة في مقابلتهن ، وقد لحقهن ثلاث طلاقات طلقةً ش^{٦٦} طلقةً/ ، فأشراكها يتضمن أن تكون على النصف من ثلاث طلاقات ، فينالها طلقة ونصف ، وإذا كملنا ، أصابها طلقتان .

(١) صاحب التلخيص هو ابن القاص ، وقد سبقت ترجمته ، وكتابه (التلخيص) طبع في مجلد متوسط ، والمسألة في ص ٥٢٠ منه .

قال الشيخ أبو علي : الصواب عندي أن هذه الرابعة في صورة الإطلاق لا تطلق إلا واحدة ؛ فإن ظاهر التشريك في الطلاق يقتضي أن تكون كواحدة منهن ، حتى تنزل منزلة الواحدة ، هذا أقرب إلى الفهم ، وأقرب إلى الدرك من جمع ثلاث طلاقات ، وتقدير التشطير [فيها]^(١) والأمر على ما ذكره الشيخ ، ولا اتجاه لغيره .

٩١٤٩- ومما يتعلق بتمام المسألة أنه لو قال لأربع نسوة : أوقعت بينكن ثلاث طلقة وسدس طلبة ونصف طلبة . قال العراقيون : يقع على كل واحدة ثلاث طلاقات ، فإنه فصل الطلاقات ، وقسم كل جزء من طلبة عليهن ، وهذا الذي ذكره يبنني أولاً على ما لو قال لواحدة : أنت طالق سدس طلبة وثلاث طلبة ونصف طلبة ، وهذه المسألة قدمنها . فإن قلنا فيها : الواحدة لا تطلق ثلاثاً إذا أطلق الزوج هذه الألفاظ ، فهذا في القسمة أولى ، وإذا قلنا : الواحدة إذا حوطبت بهذه الألفاظ ، طلقت ثلاثاً ، فإذا قال لأربع نسوة : أوقعت بينكن سدس طلبة ، وثلاث طلبة ، ونصف طلبة ، فالمسألة محتملة : يجوز أن يقال : هو كما لو قال : أوقعت بينكن ثلاث طلاقات ، والقسمة المستوية لا توجب في ذلك إلا طلبة .

ويجوز أن يقال : لما أفرد ذكر كل جزء من طلبة ، ظهر من ذلك قصد توزيع كل طلبة على الجميع ، والتقدير قسمت عليكن طلبة ، ثم أخرى ، ثم أخرى .

ولو قال على الطريقة التي ارتضاها العراقيون : أوقعت بينكن طلبة وطلقة وطلقة ، فهذا محتمل على قياسهم ، يجوز أن يقال : تطلق كل واحدة ثلاثاً لما في لفظه من التفصيل ، ويجوز أن يقال : هذا كما لو قال : أوقعت بينكن ثلاث طلاقات ، ويجوز أن يقدر فرق بين هذا وبين أن يقول : أوقعت بينكن سدس طلبة ، وثلاث طلبة ، ونصف طلبة ؛ فإن في تغاير أجزاء الطلاق مزيد دلالة على تفصيل بعضها عن البعض بالقسمة ، وليس في عطف الطلبة على الطلبة هذا .

(١) في الأصل : فقها .

فَضْلُكَ

قال : « ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين ، فهي واحدة . . . إلى آخره »^(١) .

٩١٥٠- قدمنا في كتاب الأقارير أصل الاستثناء وتفصيله ، والقول في صورة الاستثناء يتسع في الأقارير ؛ فإن فرض الأعداد ممكن ، فيتوسع المجال في ورود النفي على الإثبات ، والإثبات على النفي ، ولا مزيد على الثلاث في الطلاق ، وفيما قدمناه من الأقارير ما يُطلع على تمام المقصود في الطلاق ، ونحن نتوقى التكرير جهداً ، ولكن لا يمكن إخلاء هذا الفصل مما ذكره الأصحاب ، فإن اقتضى الترتيب تكريراً ، كان محتملاً ، ونحن نحرص ألا نخلي ما ذكره عن زوائد وفوائد .

٦٧ وفي الاستثناء أصلان معتبران/ : أحدهما - الاتصال ، وقد مضى بيانه وسبب اشتراطه . والآخر - ألا يكون الاستثناء مستغرقاً للمستثنى عنه^(٢) ؛ فإن استغرق ، كان مردوداً ولا يتوقف الرد على بعضه ، بل يحبط كله ، وينفد المستثنى منه بكماله . ومن الأصول المرعية أن الاستثناء يناقض المستثنى عنه ، فإن جرى بعد نفي ، كان إثباتاً ، وإن جرى بعد إثبات ، كان نفياً .

ومن الأصول أن الاستثناء المعطوف على الاستثناء في معناه ، فلا يكون استثناء منه ، بل يكون مع المعطوف عليه استثناء عما تقدم ، وإن جرت صيغة الاستثناء بعد الاستثناء من غير واو عاطفة ، فالثاني استثناء من الاستثناء الأول ، ويجري على مضادته لا محالة .

٩١٥١- ونحن بعد الإشارة إلى الأصول نذكر المسائل ؛ فإن قال : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً ، طلقت ثلاثاً ، وبطل الاستثناء ، وصار كأنه لم يكن .

ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة ، طلقت ثنتين .

ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة ، وإلا واحدة ، فقد استثنى طلقين بعبارتين

(١) ر . المختصر : ٨٢ / ٤ .

(٢) كذا . وفي نيابة الجر بعضها عن بعض كلام معروف .

معناهما واحدٌ ، فكان كما لو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين .

ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة ، فاللفظة الأخيرة استثناء من الاستثناء ؛ فإنها غير معطوفة ، والتقدير : أنت طالق ثلاثاً تقع ، فهو إثباتٌ ، إلا اثنتين لا تقعان ، وهذا نفي ما أثبتته ، إلا واحدة تقع ، وهذا إثبات ما نفيه .

وإذا عَطَفَ المستثنى عنه بعضه على بعض ، وأتى بالعدد في صيغ وعَطَفَ البعض منها على البعض ، ثم عَقَبَهُ باستثناءً ، فهل نجمع المستثنى عنه حتى كأنه في صيغة واحدة أم نتركه على إفراده ونقطعه ؟ ذكر القاضي وجهين ذكرهما الشيخ أبو علي ، وتصوير المسألة أن يقول : أنت طالق واحدةً ، وواحدةً ، وواحدةً ، إلا واحدة . فقد ذكر ثلاث طلاقات في ثلاث صيغ ، فمن جمع تلك الصيغ ، صحح الاستثناء ، فكأنه قال : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة ، ومن يترك تلك الصيغ على تقطيعها ، فلاستثناء عنده باطل ، فإنه قال آخراً : وواحدة ، ثم قال : إلا واحدة ، فانصرف استثناء الواحدة إلى الواحدة ، فكان مستغرقاً ، والاستثناء المستغرق باطل .

ولو قال : أنت طالق واحدة واحدة وواحدة إلا اثنتين ، فهذا يخرج على الوجهين ، فإن جمعنا الصيغ ، لم يقع إلا طلبة واحدة ، وكان كما لو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين ، ولو تركنا الصيغ على تقدّمها وتقطعها ، وقع الثلاث وبطل الاستثناء ؛ فإنه قال آخراً : وواحدة إلا اثنتين ، فاستثنى اثنتين من واحدة والاستثناء زائد على ما يقع به الاستغراق .

ولو قال : أنت طالق واحدة واحدة وواحدة [واحدة]^(١) إلا ثلاثاً ، فلا شك في وقوع الثلاث كيفما قدّرنا : ضمناها الصيغ ، أو تركناها مفرقة .

٩١٥٢- ولو عطف الاستثناءات بعضها على البعض بحرف الواو ، فالكل في معنى واحدٍ لما مهدناه من اقتضاء العطف الإشراك ، ولكننا هل نجمعها على تقدير أنها كالمذكورة في صيغة واحدة أم نتركها على تقطيعها ونفترق/ صيغها ؟ قال القاضي ٦٧ ش

(١) زيادة اقتضاها السياق .

وغيره : في المسألة وجهان كالوجهين فيه إذا عطف المستثنى عنه بعضه على البعض بالصيغ المتفرقة .

وبيان الغرض بالصور أنه لو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة ، وواحدة ، وواحدة ، فإن جمعنا هذه الصيغ وجعلناها [كالصيغة^(١)] الواحدة ، بطلت بجملتها ، ووقع الثلاث ، وكأنه قال : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً .

ولو تركناها على تقطعها ، فيصح الاستثناء في ثنتين وتبطل الصيغة الأخيرة ؛ فإنها مستغرقة ، فيختص الإبطال بها ، ويصير كما لو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وواحدة .

ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا ثنتين وإلا واحدة ؛ فإن جمعنا الصيغ ، أوقعنا الثلاث ، وصار كما لو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً ، وإن فرعنا على التفريق ، فاستثناء الثنتين صحيح واستثناء الواحدة باطل مردود .

ولو قلب ، فقال : إلا واحدة وثنين ، فالثلاث تقع على أحد الوجهين ، ويقع ثنتان على الوجه الثاني ؛ فإن الصيغة الأولى في الاستثناء مشتملة على واحدة ، والصيغة الثانية مستغرقة ، وإذا بطل بعض مضمونها بطل الجميع .

٩١٥٣- ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً ، إلا ثنتين ، فالتقدير : أنت طالق ثلاثاً تقع ، إلا ثلاثاً لا تقع ، إلا ثنتين تقع ، ففي المسألة أوجه : أحدها - أن الثلاث تقع ؛ لأن الاستثناء الأول ، كان مستغرقاً فلغا ، ولغا الثاني ؛ لأنه استثناء من لاغ ، وهذا ضعيف .

والوجه الثاني - وهو الأصح - أنا نصحح الاستثناءين ، فنجعل الاستثناء الثاني منصرفاً إلى الاستثناء الأول على حكم المضادة ، فيخرج الاستثناء الأول من كونه مستغرقاً ، فإذا خرج عن كونه مستغرقاً ، صح ، والتقدير على ما قدمناه أنت طالق ثلاثاً تقع ، إلا ثلاثاً لا تقع إلا ثنتين تقعان فيعود الاستثناء الأول إلى واحدة ، فيقع طلقتان ، وكأنه قال : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة .

(١) في الأصل : بالصيغة .

والوجه الثالث - أن الاستثناء الأول يلغو ، ويرفع من البين ، فيقدّر كأنه لم يكن ، فيبقى الاستثناء الثاني ، والطلقات الثلاث ، فكأنه قال : أنت طالق ثلاثاً إلا ثنتين ، ولو قال ذلك ، لم يقع إلا طلقة واحدة .

وهذا على نهاية الضعف ، ولولا اشتهاؤه [وتولّع الأصحاب بحكايته]^(١) ، لما ضمنت هذا المجموع ؛ فإنه خارج عن صيغة اللفظ ، وعن حكم القصد والمراد ، وليس في المصير إليه استمسكاً بمقتضى فقهي .

ولو قال : أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا واحدة وواحدة وواحدة ، وقع الثلاث إجماعاً ؛ لأننا إن جمعنا ، لم نخصص بالجمع جانباً ، وكان التقدير أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً ، وإن فرقنا ، لم نخصص بالتفريق واحداً من الجانبين ، فيؤول الكلام إلى استثناء واحدة عن واحدة ، فيقع الثلاث على التقديرين جميعاً .

وكان شيخني أبو محمد يقول : « كل تفريق يؤدي إلى تصحيح الاستثناء ، فهو مختلف فيه ؛ ميلاً/ إلى إيقاع الطلاق » .

٦٨ ي

ولا أصل لهذا ؛ فإننا نتبع الألفاظ وصيغها ، فإن عن لفقيه تغليب وقوع الطلاق ، عارضه أن الأصل عدم وقوعه ، ومن الأصول الممهدة أنا إذا ترددنا في وقوع الطلاق ، قلنا : الأصل عدم الوقوع .

٩١٥٤- ومما يتعلق بتتمة الفصل أمر فرعه ابن الحداد ، وتكلم الأصحاب فيه ، وذلك أنه قال : إذا زاد المطلق على العدد الشرعي في الطلاق ، فالاستثناء بعده يتردد كما نصف ونصّور . فإذا قال لامرأته : أنت طالق خمساً إلا ثلاثاً ، فقد اختلف أصحابنا في المسألة اختلافاً مشهوراً ، فمنهم من قال : يقع الثلاث ؛ فإن الخمس التي ذكرها عبارة عن الثلاث ، فكأنه قال : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً ، ولو قال ، لوقعت الثلاث ؛ لأن الاستثناء مستغرق .

والوجه الثاني - وهو اختيار ابن الحداد أنه يقع ما استبقاه بعد الاستثناء ، والخمس إذا استثنى منها ثلاث ، بقيت ثنتان ، فتطلق طلقتين ، وسرّ هذا الوجه أنه ذكر الخمس

(١) في الأصل : تولّع الأصحاب بحكايته .

ليتوسّع في الاستثناء ، فليقع ما يلغو في مقابلة ما يستثنى ؛ إذ هذا طابع الاستثناء ، وليقع ما بقي .

ولو قال : أنت طالق أربعاً إلا ثنتين ، فهذا يخرج على الوجهين ، فمن قال : الأربع عبارة عن الثلاث ، يقول في هذه الصورة : لا يقع إلا طلقة ، وكأنه قال : أنت طالق ثلاثاً إلا ثنتين ، ومن قال : يقع ما أبقي ، حَكَمَ بوقوع طلقتين .

ولو قال : أنت طالق ستاً إلا ثلاثاً ، فيقع الثلاث على المذهبين ، وخروجه بين ، فإن من يعتبر ما يبقى بعد الاستثناء يقول : قد بقي ثلاث ، ومن جعل الست عبارة عن الثلاث ، فكأنه قال : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً ، وهذا بين إذا تأملته .

ولو قال : أنت طالق طلقتين ونصفاً إلا واحدة ، قال ابن الحداد : يقع الثلاث ، وإنما بناء على أصل ذكرناه في تقطيع العبارة ، فكأنه قال : أنت طالق ثنتين وواحدة إلا واحدة^(١) .

٩١٥٥- ومما يتعلق بتمام الفصل أن بعض الطلقة في الإيقاع طلقة ، كما سبق تمهيده ، وإن غلط مغالط وقال : لا يقع طلقة بلفظ النصف ، ولكن إذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق نصف طلقة ، وقع الطلاق بقوله : « أنت طالق » ، ولغا قوله : نصف طلقة . ولو قال : أنت طالق طلاقاً لا يقع ، لوقع ، فذكر النصف بعد ذكر الطلاق لا معنى له .

وهذا ليس بشيء ؛ فإنه لو قال : أنت طالق طلقة ونصفاً ، وقعت طلقتان ، ولا حيلة في الطلقة الثانية - وقد استقل الطالق بطلقة - إلا حمل نصف طلقة على طلقة ، وكذلك لو قال : أوقعت عليك نصف طلقة ، وقعت طلقة .

فهذا أصل لا مدافعة فيه .

ثم قال الأئمة رضي الله عنهم : إذا قال : أنت طالق ثلاثاً إلا نصف طلقة ، وقعت الثلاث ولغا استثناء النصف ، هذا ما صار إليه حملة المذهب .

(١) وقعت الثلاث لأننا جمعنا في جانب الإثبات ثنتين وواحدة ، فصارت ثلاثاً ، ثم لغا الاستثناء لأنه مستغرق ، إذ هو استثناء واحدة من واحدة .

٩١٥٦- وذكر الشيخ أبو علي في شرح الفروع ما ذكرناه ، وحكى وجهاً غريباً أن النصف في الاستثناء بمثابة/ الطلقة ، ونجعل البعض عبارةً عن الكل في الإيقاع ٦٨ش والإسقاط ، وهذا غريب ، لم أره إلا له .

ووجهه - على بعده - أنا نحكم بوقوع الطلقة إذا جرى ذكر بعضها ، لا على مذهب السريان ، كما تقدّم شرح ذلك ، بل لا يتجه فيه إلا إقامة العبارة عن الجزء مقام العبارة عن الواحدة ، ولعلّ السرف فيه أن ما لا ينقسم فبعضه ككله .

وهذا غير صحيح ؛ فإن الطلاق يُغلب في وقوعه ، والاستثناء مناقضة الوقوع ، وإذا استثنى من يبغي النفي بنصف طلقة ، فقد ألغى نصف طلقة والذي أبقاه يُكمل .

ولو كنا نجري على أن الجزء عبارة عن الكل فيما لا ينقسم ، للزم أن نقول : ما قاله بعض أصحاب أبي حنيفة^(١) في أن الرجل إذا قال : زوّجتك نصف ابنتي ، كان بمثابة ما لو قال : زوجتك ابنتي ، لم يختلف أصحابنا في أن النكاح لا يصح بذكر الجزء من المنكوحة .

فالتفريع إذاً على أن استثناء الجزء باطل ، فإذا قال : أنت طالق ثلاثاً إلا طلقةً ونصفاً ، بطل استثناء النصف ، وصح استثناء الواحدة ، ووقعت طلقتان .

ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين ونصفاً ، فإن جعلنا النصف عبارة عن طلقة في الوجه الغريب الذي حكاه الشيخ أبو علي ، فالتقدير : أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين وواحدة ، ثم يقع هذا في أنا هل نجمع المفرّق ؟ فيه التفصيل المقدّم .

وإن قلنا : إن ذكر الجزء في الاستثناء باطل ، فهذا فيه احتمال على هذا المقام : ظاهر القياس أن النصف يبطل ، ويبقى استثناء اثنتين ، فكأنه قال : أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين ، [ولا يتجه فيه إعمال الاستثناء ؛ لأن في إعماله إبطاله]^(٢) ، إذ لو عمل النصف ، لصار الاستثناء مستغرقاً مع التفريع على أن المفرّق كالمجموع ، ونحن نغلب وقوع الطلاق في هذه المنازل .

(١) ر . المبسوط : ٩٠/٦ .

(٢) عبارة الأصل : « ويتجه فيه إعمال الاستثناء في إعماله إبطاله » والتصويب من صفوة المذهب ج ٥ ورقة ١١ شمال .

ولو قال - والتفريع على الأصح - : أنت طالق ثلاثاً إلا طلقتين إلا نصف طلقة ، فهذا الاستثناء الأخير صحيح ؛ فإنه إيقاعٌ ، والتقدير أنت طالق ثلاثاً تقع إلا ثنتين لا يقعان ، إلا نصفاً [يقع] ^(١) .

ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا طلقة ونصف ، فإذا فرعنا على الأصح ، فذكر النصف باطل ؛ لأنه للإسقاط لو صح ، فالتعويل على هذا ، فمهما ^(٢) كان الاستثناء للإيقاع ، صح فيه لفظ الجزء ، ومهما كان للإسقاط لم يصح على الأصح .
وفي هذا نجاز مسائل الاستثناء ، والله أعلم بالصواب .

فصل في

قال : « ولو قال : كلما ولدت ولداً ، فأنت طالق... إلى آخره » ^(٣) .

٩١٥٧- هذا الفصل يشتمل على أحكام منوطة بمقتضى الألفاظ ، والقول في انقضاء العدة بوضع الحمل ، وإذا اشترك في المسألة النظر في الألفاظ والكلام في الأحكام ، أوجبت المسألة الناظر إلى مزيد تدبر ، ومضمون المسألة يتأدى ي ٦٩ بمسألتين : إحداهما - مفروضة / في لفظة لا تقتضي التكرار ، والأخرى مفروضة [في لفظة] ^(٤) تقتضي التكرار ، ثم تشعب كل مسألة . ونحن نأتي في كل واحدة بما يليق بها .

٩١٥٨- فإذا قال لامرأته : إن ولدت ولداً ، فأنت طالق ، فولدت ولداً ، ثم أتت بولد آخر لأقل من ستة أشهر من ولادة الولد الأول ، فيلحقها طلاق واحد بالولادة الأولى ، وتنقضي عدتها بوضع الولد الثاني ، ولا يتكرر الطلاق ؛ فإنه علقه بقوله : (إن) ، وهو لا يقتضي التكرار ، والولد الثاني يلحقه نسبه ، فإن الأول لحقه ؛ إذ

(١) زيادة اقتضاها السياق ، ووجدناها في صفوة المذهب (الموضع السابق نفسه) .

(٢) « مهما » بمعنى (إذا) .

(٣) ر . المختصر : ٨٢ / ٤ .

(٤) زيادة اقتضاها السياق .

العلوق به كان في النكاح والولد للفراش ، والولد الثاني في معنى الولد الأول ؛ فإنهما من بطن واحد ، وحكم البطن لا يختلف احتمالاً ولحقاً .

فإن كان بين الولدين - والمسألة بحالها - أكثر من ستة أشهر ، فلا شك أن العلوق بالولد الثاني وقع بعد انفصال الأول ؛ إذ لو كانا من بطن واحد ، لما تخلل بينهما ستة أشهر ، فإذا تبين أن العلوق بالثاني وقع بعد الأول ، فهل يلحق الولد الثاني الزوج ؟

في المسألة قولان مبنيان على صورة نرسماها ، ونُحِيل استقصاءها على كتاب العدة ، وهي أن الرجل إذا طلق امرأته طلبة رجعية ، ثم أتت بولدٍ لأكثر من أربع سنين من وقت الطلاق ، ولأقل من أربع سنين من وقت انقضاء العدة ، وكان الطلاق رجعياً ، فابتداء أربع سنين يحتسب من وقت الطلاق أو من وقت انقضاء العدة ؟ فعلى قولين : أحدهما - وهو الأصح عند المحققين أنه يحتسب من يوم الطلاق ؛ فإن الطلاق وإن كان رجعياً ، فهو قاطع لاستحلال الافتراض ، وإن كان الملك قائماً ، ونحن إنما نلحق الولد بالفراش ؛ لا طراد استحلال الافتراض ، والطلاق وإن كان رجعياً ، فهو قاطع لهذا المعنى ، ولهذا استعقب الاعتداد ، وهو غير معقول إلا في زمان الانعزال .

والقول الثاني - أن ابتداء السنين الأربع محتسب من آخر العدة ؛ لأن الرجعية في العدة زوجة ، وسلطنة الزوج قائمة عليها .
وسياتي تحقيق ذلك توجيهاً وتفريعاً ، إن شاء الله .

٩١٥٩- وإذا أتت المرأة بولدٍ ولحقها الطلاق عند الولادة ، ثم أتت بولدٍ بعد ذلك لسته أشهر فصاعداً ، فنحن نعلم قطعاً أن العلوق بالولد الثاني لم يكن في حال استمرار النكاح ، كما نعلم قطعاً أنها إذا أتت بولدٍ بعد الطلاق الرجعي لأكثر من أربع سنين من وقت الطلاق ، فالعلوق به لا يكون متقدماً على الطلاق ، فاستوت المسألتان في تحقق وقوع العلوق بعد الطلاق ، فخرجت المسألة على قولين في لحوق الولد الثاني . فإن قلنا : الولد يلحق ، فقد طُلِّقَت هذه عند الولد الأول ، ثم انقضت عدتها بوضع الولد الثاني ، وإن قلنا : الولد لا يلحق ، فلا تنقضي العدة به ؛ فإن عدة الرجل إنما تنقضي بوضع المرأة حملها إذا كان الولد ملتحقاً بمن العدة منه .

ش ٦٩ ولو أتت - والمسألة كما صورناها/ - بولدين بينهما أقل من ستة أشهر ، ثم أتت بثالث لأكثر من ستة أشهر من الولادة الثانية ، فيلحقها طلبة بوضع الولد الأول ، وتنقضي عدتها بوضع الولد الثاني ، ويلحقه الولدان ، ولا يلحق الولد الثالث قولاً واحداً ؛ فإننا نعلم أن العلوق به وقع بعد الولد الثاني ، وهذا ثابت بوضع الولد الثاني ، وعاد إمكان العلوق إلى زمان البينة ، وإذا كان كذلك ، ترتب عليه انتفاء الولد الثالث ؛ فإن الولد اللاحق قولاً واحداً هو الذي يمكن تقدير علوقه في صلب النكاح ، والولد الذي اختلف القول فيه هو الذي يمكن تقدير علوقه في زمان الرجعة ، ولا يمكن تقديره قبل الطلاق .

ولو قيل : لو أتت بالولد الثالث لأكثر من ستة أشهر من وضع الولد الأول ، ولأقل من ستة أشهر من وضع الولد الثاني ، وكان بين الثاني والأول أقل من ستة أشهر ، فكيف الحكم فيه إذا ؟ قلنا : هذه مغالطة والمسألة لا تتصور كذلك ؛ فإن الرحم إذا اشتمل على أولاد ، كانت المدة بين وضع الأول وبين وضع الآخر أقل من ستة أشهر ، فإن الرحم تنتفض عما فيه وتبرأ عما عدها في أقل من ستة أشهر . وما ذكرناه فيه إذا ذكر لفظة لا تقتضي التكرار .

٩١٦٠- فإن ذكر لفظة مقتضاها التكرار ؛ فقال : كلما ولدت ولداً ، فأنت طالق ، فأنت بأولاد من بطن واحد ، فإن أتت بأربعة أولاد ، لحقتها ثلاث طلاقات ، فتطلق بالوضع الأول واحدة ، وبوضع الثاني ثانية ، وبوضع الثالث ثالثة ، وتنقضي عدتها بوضع الولد الرابع ، ولا إشكال ؛ فإن الطلاقات كملت ، وفي الرحم بقية . فأما إذا ولدت ثلاثة أولاد من بطن واحد ، ولم يتخلل بين الأول والآخر ستة أشهر ، فيلحقها طلقتان : الأولى والثانية .

ثم المنصوص عليه في الجديد أن العدة تنقضي بوضع الثالث ، ولا يقع الطلاق بوضعه ، ونص في الإملاء على أن الطلقة الثالثة تقع بالولد الثالث ، وتستأنف العدة بالأقراء .

٩١٦١- فاختلف أصحابنا في المسألة : فمنهم من قطع القول بأن الطلاق الثالث

لا يقع أصلاً ، وأنها تبين بوضع الولد الثالث ، ووجهه بين ؛ فإن الطلاق لو لم يلحقها ، لبانت بالولادة ؛ لمكان براءة الرحم ، فإذا كان وضع الولد مقترناً بالبينونة ، فالطلاق الثالث مضافٌ إذًا إلى حال البينونة ، وهذا محالٌ ، وهو كما لو قال لامرأته التي لم يدخل بها : إذا طلقتك فأنت طالق ، فإذا طلقها تنجيزاً تنجز الطلاق ، ولا يقع ما علّقه ؛ لأنها تبين بوقوع الطلاق الأول .

وهذا القائل يتأول نصّ الإماماء ويحمّله على ما إذا ولدت الولد الثاني ، فراجعها وردّها إلى صلب النكاح ، فولدت الولد الثالث في النكاح ، فتلحقها الطلقة الثالثة / ، ٧٠ ي ثم تستقبل العدة ، وتكون كما لو قال لامرأته الحامل بولد واحد ، وهو لا يملك إلا الطلقة الثالثة : إذا ولدت ، فأنت طالق ، فإذا ولدت ، طُلِّقت ، واستقبلت العدة .
وهذه الطريقة مستدّة في المعنى ، ولكنها مخالفة للنصّ ؛ فإن الأصحاب عن الإماماء نقلوا التصريح بتصوير اعتقاب الولادات من غير تخلل رجعة .
والطريقة المشهورة طرد القولين : أحدهما - وهو المنصوص عليه في الجديد أن الطلاق لا يقع بالولادة الثالثة ، ووجهه ما ذكرناه .
والقول الثاني - أن الطلاق يقع ، وقد تكلف الأصحاب توجيه هذا القول لاشتهاره ، فلم يتحصّلوا على معنى عليه مُعَوَّل .

٩١٦٢- وقد ذكر القفال مسلكاً نحن نذكره ، ثم نوضح اختلاله ، قال : اختلف قول الشافعي في أن الرجعية إذا طلقها زوجها في عدة الرجعة ، فهل تستأنف عدةً إذا لحقها الطلاق أم تتمادى على العدة الأولى ؟ وقد أشرنا إلى هذين القولين فيما سبق ، وسنستقصيهما في العدد ، إن شاء الله .

ثم إذا قلنا : تتمادى على العدة بانيةً ، فلا كلام . وإن قلنا : يستعقب الطلاق عدةً جديدةً ، فالعدة الأولى تنقطع ، وتستأنف هذه عدة جديدة ، ثم لا نقضي بأن الطلاق وقع ، وهي في بقية من العدة الماضية ، [ولكن نقول : يقع الطلاق على مفصل الانقطاع والاستقبال] ^(١) ، وهو كما لو قال لامرأته : أنت طالق بين الليل والنهار ؛ فإذا

(١) عبارة الأصل : ولا نقول : « يقع الطلاق على متصل الانقطاع والاستقبال » والتصويب بالتعديل والتغيير من صفوة المذهب : جزء (٥) ورقة : ١٢ شمال .

صادفها الطلاق ، لم يكن الطلاق واقعاً في جزء من النهار ، ولا في جزء من الليل .
هذا كلامه .

وقال بانياً عليه : إذا حكمنا بأن الطلاق يقتضي عدّة مستقبله ، فالطلاق الثالث يلحق مع انفصال الولد ، ويتصل به استقبال العدة ، فلا يكون واقعاً في جزء من العدة المستقبله ولا في جزء من الزمان قبل تمام الانفصال ، ولكن يقع على المتصل .
هذا ما ذكره .

٩١٦٣- وهو كلام مضطرب ، ولو التزمنا في هذا المجموع أن [نُري]^(١) - بفضلة في اللسان - الباطل في صورة الحق ، لكننا مُلبّسين ، ونحن نبرأ إلى الله من ذلك ، ومقصودنا فيه أن نوضح ما عندنا في كل مسألة على [حقيقتها]^(٢) ، وهذا مما يقطع قولنا فيه بأن هذا القول لا يتوجه ؛ فإن الولادة هي الانفصال ، ويتحقق معه من غير ترتب انقضاء [العدة]^(٣) ، فالطلاق المعلق على الولادة لا يقع إلا مع الانفصال ، وحق الإنسان أن يتحفظ في ذلك جهده ، ولا يقول إلا ما يُشعر بالتحقيق .

فإن قال القائل : يقع الطلاق بعد الانفصال ؛ بناء على ما ذكرناه من قول الأصحاب في أن الطلاق المعلق على الصفة يترتب على حصولها ، فهذا وجه ، ولكن يزداد توجيه القول بعداً ؛ فإن الانقضاء يحصل بالانفصال ، وتقع البيئونة معه حكماً ؛ فإن هذا ليس تعليقاً وشروطاً مشروطاً ، وإنما هو حكم شرعي .

فإن قلنا : يقع الطلاق مع الصفة ، فيصادف أول حال البيئونة ، وإن قلنا : يترتب ش ٧٠ عليه ، فيقع مسبقاً/ بالبيئونة ، فلا وجه أصلاً .

وما ذكره القفال غير سديد ؛ فإنه فرض حكماً في غير زمان ، وهذا خارج عن المعقول ؛ فإن التي يقال فيها : ليست [مُطلّقة]^(٤) ، ثم يقال : طلقت ، فمن ضرورة

(١) كذا قرأناها بصعوبة بالغة على ضوء أطراف الحروف الباقية ، واستجابة للسياق .

(٢) في الأصل : حقيقته .

(٣) في الأصل : القول . والتصويب من (صفوة المذهب : ج ٥ ورقة ١٣ يمين) .

(٤) في الأصل : طلقة ، والتصويب من صفوة المذهب (السابق نفسه) .

حكم مرتب على حكم أن يفصل كل واحد منهما عن الثاني بزمان ، وقد تبين أن الطلاق لم يقع قبل تمام الانفصال ، فليقع مع الانفصال أو بعده .

فأما [الفصل]^(١) ، فكلام غير معقول ، وأما ما استشهد به من قول الرجل لامرأته : أنت طالق بين الليل والنهار - وليس بينهما فاصل زمني - فالوجه عندنا القطع بأن الطلاق يلحقها في آخر جزء [من الليل أو آخر جزء]^(٢) من النهار ، وبذلك تكون طالقاً بين الليل والنهار .

فإن قيل : هلا قضيتم بأن الطلاق يقع في أول جزء من الليل ؟ قلنا : لأن معنى وقوع الطلاق بين الليل والنهار أن تكون متصفةً بالطلاق في منقطع النهار ومبتدأ الليل^(٣) ، وهذا إنما ينتظم على الوجه الذي ذكرناه .

٩١٦٤- ثم إن أصحابنا اختبطوا وراء هذا من وجوه نصفها ، فقال قائلون : إذا قال الرجل لامرأته الرجعية : أنت طالق مع انقضاء العدة ، ففي الحكم بوقوع الطلاق قولان مبنيان على القولين في مسألة الولادة . وهذا لا شك ينطبق على مسألة الولادة ، ومن أقام القولين في مسألة الولادة ، التزم إقامتهما في هذه المسألة .

والذي أنكره من قول هؤلاء أنهم قالوا : القولان في مسألة الولادة مبنيان على ما لو قال لامرأته : أنت طالق مع انقضاء العدة . وهذا كلام سخيف ؛ فإن الشافعي نصّ على القول البعيد في الولادة ، ولا نصّ له في تعليق الطلاق بانقضاء العدة ، فكيف يُبنى قولٌ منصوصٌ على صورة مفرعةٍ عليه . نعم ، لو قيل : هذا القول يقتضي الحكم بوقوع الطلاق إذا قال : أنت طالق مع انقضاء العدة . لكان ذلك وجهاً .

٩١٦٥- ومما ذكره بعض النقلة عن القاضي : أن هذا مفرّع عليه أن الرجل إذا قال للرجعية : أنت طالق في آخر العدة ، فهل يقع الطلاق أم لا ؟ فإن قلنا : في مسألة الولادة بوقوع الطلاق ، وقع الطلاق في هذه الصورة .

(١) في الأصل : المتصل . والتصويب من صفوة المذهب (نفسه) .

(٢) زيادة اقتضاها السياق ، على ضوء كلام ابن أبي عصرون في مختصره .

(٣) عبارة ابن أبي عصرون : « لأن معنى كونه بينهما أن تتصف بالطلاق في منقطع أحدهما ومبتدأ الثاني » السابق نفسه .

وإن قلنا في مسألة الولادة المُبرئة للرحم : لا يقع الطلاق ، فلا يقع فيه إذا قال : أنت طالق في آخر العدة .

وهذا غلط صريح ؛ فإن آخر العدة من العدة ، كما أن آخر اليوم من اليوم ، وآخر الشهر من الشهر ، وقد ذكرنا العبارات الدائرة في ذكر الآخر والأول ، وإذا لاح ذلك ، فإضافة الطلاق إلى جزء من العدة كيف يمتنع وقوعها ؟ وأين هذا من تعليق الطلاق بالولادة المُبرئة للرحم ، والعدة تنقضي بالانفصال والطلاق يقع بالانفصال ، أو يترتب عليه ، والانفصال يعقب منقَرَضَ العدة [كما يعقب]^(١) السَّوَادُ البياض من غير تخلل خلَوَ عن اللون بينهما .

ي ٧١ وإن ظنَّ الناقل أن قول القائل في آخر العدة يقتضي / كون زمان الطلاق ظرفاً ، ثم ظنَّ أن ما كان في ظرف يجب أن يكون محتوشاً به ، فهذا وهم لا يشتغل بمثله طالبُ معنى ؛ فإن الظرف الزماني هو الزمن الذي ينطبق عليه ما يضاف إليه ذو الظرف ، فأما الإحاطة [به]^(٢) ، فمن خيالات النفوس .

ومن عجيب الأمر أن هذا القائل شبه قول القائل : أنت طالق في آخر جزء من العدة بقول الرجل لامرأته : أنت طالق في آخر الحيض . ثم للأصحاب وجهان في أنه هل يبَدَع بهذا الطلاق .

وهذا اضطراب فاحش ، وخلطٌ للأصول ، فما قدمناه من وقوع الطلاق مأخوذ من مصادفة الطلاق زماناً من الرجعة ، وما استشهد به هذا القائل من إضافة الطلاق إلى آخر الحيض مأخوذ من التردّد في أنا نتبع التبعّد ، وقد ورد النهي عن الطلاق في الحيض ، أو نستمسك بطرفٍ من المعنى ، وهو اعتبار تطويل العدة ، وليس في إضافة الطلاق إلى آخر الحيض تطويلُ العدة ، فقد تباعد الأصلان ، وبأن أن الطلاق المضاف إلى آخر عدة الرجعية واقع قطعاً ، وليس هو ناظراً لمسألة الولادة ، فلم نتحصل من

(١) في الأصل : « كما لا يعقب » والتصويب بناء على السياق . وكلام ابن أبي عصرون (ر . صفوة المذهب : جزء ٥ / ورقة ١٣ شمال) .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

المسألة على ما نوجه به قول [القاضي]^(١) ، ولم نقف في هذا وقوف ناظرٍ أو محيلٍ على ذي فكر بعدنا ، ولكن القول الضعيف ضعيف كما وصفناه .

فَضَائِلُ

قال : « ولو قال : إن شاء الله ، لم يقع . . . إلى آخره »^(٢) .

٩١٦٦- إذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق إن شاء الله ، لم يقع الطلاق ، وهذا لا يختص بالطلاق ، بل لو عقّب العتاق أو البيع ، أو الهبة ، أو غيرها من الألفاظ التي يتعلق بها العقود ، أو غيرها من الأحكام بالتعليق بالمشيئة ، بطلت الألفاظ جمعٌ ، ولم يتعلق الحكم بشيء منها .

ولو قال [مستحق]^(٣) الدم : « عفوت إن شاء الله » ، فالذي جاء به ليس بعفوٍ .

وهذا سَمَاءُ العلماء الاستثناء ، وهو في التحقيق تعليق ، وسبيل تسمية قول القائل : « أنت طالق إن شاء الله تعالى » استثناء ، كسبيل تسمية قول القائل : أنت طالق إن دخلت الدار استثناء ، وليس يبعد عن اللغة^(٤) تسمية جميع ذلك استثناء ؛ فإن مَنْ أطلق قوله : أنت طالق ، كان يقتضي لفظه وقوع الطلاق على الاسترسال من غير تقيّد بحالٍ ، فإذا عقّب اللفظ بالاستثناء ، فكأنه ثناه عن مقتضى إطلاقه ، ثمّ [الحبل]^(٥) عن امتداده ، وإنما سُمّي قولُ القائل : أنت طالق ثلاثاً [إلا اثنتين استثناء]^(٦) ، لأن الاستثناء يثنّي موجب اللفظ عن الوقوع .

ومما نمهده في صدر الفصل أن الرجل إذا قال : « أنت طالق إن شاء الله » ، فهذا في التحقيق نفي بعد إثبات ، وهو مقبول ، وليس كقوله : لفلان عليّ عشرة إلا عشرة ،

(١) مكان كلمة تعذر علينا قراءتها ، ورسمت هكذا (الايا) انظر صورتها .

(٢) ر . المختصر : ٣٨٣ / ٤ .

(٣) في الأصل : بمستحق .

(٤) في صفوة المذهب : الفقه بدلاً من اللغة .

(٥) في الأصل : الحبل . والمثبت من صفوة المذهب : جزء ٥ ورقة ١٤ يمين .

(٦) زيادة من صفوة المذهب (السابق نفسه) .

وأنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً ؛ فإن الاستثناء المستغرق باطل ، والمستثنى عنه نافذ بكماله ، وفرّق الأصحاب بين البابين ، بأن قالوا : الإتيان بالاستثناء المستغرق لا يبيني ش ٧١ عليه الجأذ ابتداءً كلامه ، ولا يعدّ الكلام المتصل به منتظماً على جدّ/ وتحصيل ، وأمّا تعليق الكلام بالمشيئة ، فمما يعدّ منتظماً ، ثم قيل : الكلام بآخره .

وهذا يعتضد بأن قول القائل : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً تعقيب إثبات بنفي على التناقض [المحض]^(١) ، وقول القائل : « أنت طالق إن شاء الله » تعليق بصفة صيغتها تتضمن التردد ؛ فإن مشيئة الله غيب لا يُطَّلَع عليه ، فلم يكن مبنى الكلام على [التنافي]^(٢) والتناقض ، ثم إن وقع الحكم بانتفاء الطلاق لأمرٍ يقتضيه الشرع ، فهذا لا يرجع إلى اختلال الكلام في نفسه . هذا هو الفرق .

٩١٦٧- وقد حكيتُ فيما أظن عن صاحب التقريب : أن التعليق بمشيئة الله تعالى لا يؤثر في إبطال الألفاظ ، وهذا شيء غريب لا تعويل على مثله ، وقد قدّمت ذكره في كتاب الإقرار ، فالتفريع إذاً على ما عليه الأصحاب .

ثم لا فرق بين الطلاق والعتاق ؛ فإن مشيئة الله غيب في جميعها . وعن مالك : أنه قال : العتق المعلق بمشيئة الله ناجز ، والطلاق المعلق بالمشيئة لا يقع^(٣) ، وقد أورد إسحاق في مسند مُعَاذِ بْنِ جَبَلٍ عن يحيى بن يحيى عن إسماعيل بن عياش عن حميد بن مالك اللخمي عن مكحول عن معاذٍ أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : يا معاذ ما خلق الله شيئاً على وجه الأرض أحبّ إليه من العتاق ، وما خلق الله شيئاً على

(١) في الأصل : المحيض ، والمثبت تقدير منا .

(٢) في الأصل : التناهي ، والمثبت من المحقق .

(٣) هكذا يروي الإمام عن مالك رضي الله عنهما : « أن العتق المعلق بمشيئة الله ناجز ، والطلاق المعلق بالمشيئة لا يقع » ولكن الرافعي رضي الله عنه يقول : « روى هذا إمام الحرمين وجماعة عن مالك ، والأثبت عنه أنه لا يؤثر الاستثناء في العتق ، ولا في الطلاق ، وإنما يؤثر في اليمين بالله تعالى » (ر . الشرح الكبير : ٣٤/٩) وما قاله الرافعي صدّفته مصادر الفقه المالكي وأمّهات كتبه . (ر . الإشراف للقاضي عبد الوهاب : ٧٤٨/٢ مسألة : ١٣٦١ ، وعيون المجالس : ١٢٤٠/٣ مسألة : ٨٦٤ ، وجواهر الإكليل : ٣٥١/١ ، والتاج والإكليل للمواق بهامش الخطاب : ٧٤/٤ ، وحاشية الدسوقي : ٣٩٢/٢) .

وجه الأرض أبغضَ إليه من الطلاق ؛ فإذا قال الرَّجل للمملوك : أنت حر إن شاء الله ، فهو حرّ ، ولا استثناء له ، وإذا قال لامرأته : أنت طالق إن شاء الله ، فله استثنائه ، ولا طلاق فيه ^(١) ، وروى أبو الوليد في تخريجه في الأيمان عن معدي كرب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من أعتق أو طلق واستثنى ، فله ثنياه » ^(٢) .

ولو قال أنت طالق : إن شاء زيد ، توقف وقوع الطلاق على مشيئته ، فإن شاء وقع ، وإلا لم يقع ، والاطلاع على مشيئته منتظرٌ كالاتلاع على سائر أفعاله وأقواله التي يفرض تعليق الطلاق بها .

٩١٦٨- ولو قال : أنت طالق إلا أن يشاء الله ، فهذا فصلٌ فيه اضطرابٌ للأصحاب ، والرأي في التدرج إليه أن نفرض في مقدمة الخوض في التعليق بالمشيئة تعليقاً بصفةٍ أخرى ، ثم تعليقاً بنفسه ، ثم نفرض التعليق على هذه [الصفة] ^(٣) بمشيئة زيد ، ثم نعود بعد ذلك كُلّه ، ونبيّن الحكم فيه ، إذا قال : أنت طالق إلا أن يشاء الله تعالى ، فنقول :

إذا قال لامرأته : أنت طالق إن دخل زيد الدار ، فهذا طلاق متعلق بثبوته بثبوت الدخول ، ولو قال : أنت طالق إن لم يدخل زيد الدار ، فالطلاق بثبوت متعلق بعدم دخول زيد الدار ، والطلاق القابل للتعليق يتأتى تعليقه بثبوت الصفات ، ويتأتى تعليقه بانتفائها ؛ فإن التعويل على قول المعلق ، والصفات وإن أخرجت مخرج الشروط ،

(١) حديث معاذ رواه إسحاق في مسنده ، وأبو يعلى الموصلي ، وعبد الرزاق في مصنفه : ٣٩٠ / ٦ رقم ١١٣٣١ ، ورواه الدارقطني : ٣٥ / ٤ ، والبيهقي في الكبرى : ٣٦١ / ٧ ، وقال : حديث ضعيف ، وقال الحافظ في المطالب العالية : منقطع ، وكذا البوصيري في إتحاف الخيرة المهرة . (ر . المطالب العالية : ١٦٤٣ ، وإتحاف الخيرة المهرة : ٧٩ / ٥ حديث رقم : ٤٤٦١ ، ونصب الرأية : ٢٣٥ / ٣) .

(٢) حديث معدي كرب رواه أبو موسى المدني في ذيل الصحابة ، وبمعناه رواه البيهقي من حديث ابن عباس ، ولفظه : « من قال لامرأته : أنت طالق إن شاء الله ، فلا شيء عليه ، ومن قال لغلامه : أنت حر إن شاء الله ، أو عليه المشي إلى بيت الله ، فلا شيء عليه » . قال الحافظ : وفي إسناده إسحاق بن أبي يحيى الكعبي ، وفي ترجمته أورده ابن عدي في الكامل وضعفه (ر . البيهقي : ٣٦١ / ٧ ، والتلخيص ٤٣٠ / ٣ ح ١٧٤٥ ، ونصب الرأية : ٢٣٥ / ٣) .

(٣) في الأصل : الصيغة .

فهي في التحقيق بمثابة الأوقات لما عُلّق بها ، ويجوز أن يعلّق الشيء بوقت ثبوت ي ٧٢ شيء / ، ويجوز أن يعلّق بوقت انتفائه .

ثم إذا قال الرجل : أنت طالق إن لم يدخل زيد الدار ، لم يحكم بوقوع الطلاق ، ما دام الدخول منتظراً من زيد ؛ فإن مات وفات إمكان دخوله ، حكمنا بوقوع الطلاق . ثم ما عليه الأصحاب أنّ الطلاق [يقع]^(١) إذا تحقق اليأس من الدخول ، ثم يسند وقوع الطلاق إلى ما قبل اليأس ، كما تقدّم .

ولو قال لامرأته : « أنت طالق إلا أن يدخل زيد الدار » ، [فإنه]^(٢) إن دخل ، لم تطلق ، وإن لم يدخل ، طُلّقت ، كما إذا قال : أنت طالق إن لم يدخل زيد الدار ، فقلوه إلا أن يدخل زيد الدار يعطي من المعنى في الحال والمآل على طوري النفي والإثبات ما يعطيه قوله : أنت طالق إن لم يدخل زيد الدار .

ويتنظم من ذلك أنه إذا قال : أنت طالق إلا أن يدخل زيد الدار ، فالطلاق معلق بعدم دخوله .

٩١٦٩- ومما لا يستريب فيه من لا يرضى بالتخايل أن الطلاق بين أن يُنجز أو يعلّق ، وهذا تقسيم لا يفرض عليه مزيد .

فإن تعلّق الطلاق ، فلا انتجاز في الحال ، ومتعلّق الطلاق نفي أو إثبات ، وإن تنجز ، فلا يجوز أن يكون له ارتباط بأمرٍ منتظرٍ ، ولا يجوز أن يقدر معنى التنجز ، ثم يفرض [فيه]^(٣) مستدرك .

وإنما ذكرنا هذا حتى لا يعتقد الناظر أن قول القائل : أنت طالق إلا أن يدخل زيد الدار تنجز بعده مستدرك ؛ فإن الطلاق المنجز لا يستدرك ، ولكن حق الفقيه أن ينظر في عاقبة اللفظ ومغزاه ؛ فإن روعي نفي أو إثبات مأخوذ من اللفظ بوقوع الطلاق ، فهو متعلّق الطلاق ، والطلاق متعلّق به ، ونحن نبني على هذا القول إذا قال : أنت طالق

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في الأصل : إنه . والمثبت تصرف من المحقق .

(٣) في الأصل : منه .

إن لم يدخل زيد الدار ، ثم [إن]^(١) مات زيد ولم ندر أدخل أم لم يدخل ، فالرأي الأصح أن الطلاق لا يقع ؛ فإننا لم ندر هل انتفى دخوله ، [فالطلاق]^(٢) متعلق بعدم دخوله .

وأبعد بعض من لا بصيرة له ، وقال : إذا أشكل دخوله ، فالأصل عدم دخوله ، وهذا هذيان لا حاصل لمثله ؛ فإنَّ توقع الدخول كتوقع عدم الدخول ، وهما في مسلك الاحتمال متساويان ، ويعارض تساويهما أن الطلاق لا يقع بالشك .

ولو قال : أنت طالق إلا أن يدخل زيد الدار ، ثم مات ، ولم ندر أدخل أم لم يدخل ، فالذي ذهب إليه الجمهور كثره^(٣) أن الطلاق يقع ، وإنما صاروا إلى هذا من حيث اعتقدوا أنه نجز الطلاق ، ثم عقبه بمستدرك ، فإذا لم يثبت الاستدراك ، فالطلاق مقرّر على تنجيذه . وهذا عندنا خيال^(٤) لا حاصل له ؛ فإن مضمون قوله إلا أن يدخل زيد الدار تعليق ، كما أن مضمون قوله إن لم يدخل زيد الدار تعليق ، وإذا لم يتحقق متعلق الطلاق ، فالوجه القطع بأن الطلاق لا يقع^(٥) .

وعضد هذا وتأييده بأن نقول : لم يعلق الزوج الطلاق بأن لا يعلم دخوله ، وإنما علقه بأن لا يدخل ، معلقاً كان أو مستثنياً .

٩١٧٠- فإذا ثبتت هذه المقدمة ، رجعنا بعدها إلى تعليق الطلاق بمشيئة

شخصي/ ، فإن قال : أنت طالق إن لم يشأ زيد ، فمعناه في تنزيل الكلام وتقديره : ٧٢ ش

(١) زيادة من المحقق .

(٢) في الأصل : بالطلاق . والمثبت تصرف منا .

(٣) كثره : أي معظمه ، فالكثر : المعظم . (معجم) .

(٤) كذا خيال (بالخاء المعجمة والمثناة التحتية) وأرجح أنها (خبال) بالخاء المعجمة ثم بالموحدة التحتية . حيث يُكثر من هذا اللفظ .

(٥) خالف الإمام هنا الجمهور ، واستقر المذهب على رأي الإمام ، قال الرافعي : « وأما الإمام ، فقد اختار عدم الوقوع ، وهو أوجه وأقوى في المعنى » (ر . الشرح الكبير : ٣٨/٩) .

وكذلك قال النووي : « واعلم أن الأكثرين قالوا بالوقوع فيما إذا شكنا في الفعل المعلق

عليه ، واختار الإمام عدم الوقوع في الصورتين ، وهو أوجه وأقوى » . ثم قال النووي في

زياداته : قلت : الأصح عدم الوقوع ، للشك في الصفة الموجبة للطلاق . والله أعلم » ا . هـ

(ر . الروضة : ٩٨/٨) .

أنت طالق إن لم يشأ زيد طلاقك ، أي إن شاء طلاقك لم تطلقى ، فكأنه علق الطلاق بأن لا يشاء الطلاق .

ثم مما يجب التنبيه له - على ظهوره - أنه إن شاء الطلاق لم يقع الطلاق ؛ فإن متعلق الطلاق أن لا يشاء ، ولو لم يبلغه الخبر ، أو بلغه ، فلم يشأ نفيًا ولا إثباتًا حتى فات الأمر ، وقع الطلاق ؛ فإنه لم يعلّق الطلاق بأن يشاء أن لا يطلّق ، وإنما علق الطلاق بأن لا يشاء أن يطلّق ، ثم تنتفي مشيئته بإعراضه وإضرابه ، وتنتفي مشيئته بعدم الطلاق بأن يشاء الطلاق ، ثم إذا شاء الطلاق ، لم يقع بمشيئته الطلاق ، وإنما يقع الطلاق بعدم مشيئته الطلاق .

وهذا يُحوج الناظر إلى أدنى تدبر ، وهو الذي يقفه على المقصود ، وإيجاز اللفظ الكافي أنجع وأوقع في مثل ذلك .

ولو قال : أنت طالق إلا أن يشاء زيد ، فمعناه كمعنى قوله : أنت طالق إن لم يشأ زيد ، والتقدير أنت طالق إلا أن يشاء زيد أن لا تطلّق ، فلا تطلّق .

٩١٧١- ومما يتعلق بهذا الفن سؤال وجواب . فإن قيل : إذا زعمتم أن متعلق الطلاق أن لا يشاء زيد الطلاق ، واعتقدتم أن عدم مشيئته متعلّق الطلاق ، فلو شاء الطلاق ، ثم أعرض ، أو ترك ، فقد تحقق عدم المشيئة ، فأوقعوا الطلاق ، كما لو قال : أنت طالق إن شاء زيد ، فلم يشأ زيد زماناً ، ثم شاء ، فإن الطلاق يقع إذا شاء ، والثبوت بعد النفي كالنفي بعد الثبوت ؟

قلنا : هذا وهم وذوول عن دَرْك معاني الألفاظ ، (فالنفي) المرسل محمول على العموم والاستدراك ، ولذلك يقتضي النهي استيعاب الأزمنة بالانكفاف ، و (الأمر) على الرأي المحقق لا يقتضي التكرار واستيعاب الأزمان بتجديد الامتثال حالاً على حال ، والتنبيه في مثل هذا كافٍ .

٩١٧٢- فإذا تبين هذا ، عُدنا بعده إلى ما هو مقصود الفصل : فإذا قال القائل : أنت طالق إلا أن يشاء الله ، فالذي حكاه الصّيدلاني أن الطلاق لا يقع ، وحكى قولاً آخر أن الطلاق يقع ، وزعم أن الشيخ لم يحكه ، ونقل من يوثق به عن القاضي أنه كان

يختار الحكم بوقوع الطلاق ، إذا قال : أنت طالق إلا أن يشاء الله .

ولست أنكر أن الفطن الفقيه النفس قد يتندر إلى هذا الجواب ، ولكن لو تثبت ، وغضّ نزقات^(١) القريحة ، ولم يُتبع نظره بوادر مضطرب النفس ، وكان بصيراً بمعنى اللفظ ، لتبين أن الوجه القطع بأن الطلاق لا يقع ؛ وذلك أنه قال : إلا أن يشاء الله ، فمعناه إلا أن يشاء الله أن لا يقع ، فلا يقع ، ومشئته الله في تعلقه وعدم تعلقه بالنفي والإثبات غيبٌ ، وقد أوضحنا بالمقدمات أن النفي في هذه الصيغة متعلق بالطلاق ، وليس الطلاق منجزاً ، فهذا طلاق معلق بنفي هو في حقنا غيبٌ ، والأصل استمرار النكاح ، وعدم وقوع الطلاق .

ثم قال قائلون من أصحابنا : إذا مات زيد ، وكان قال/ الزوج : أنت طالق إلا أن يشاء زيد ، ولم ندر أشاء أم لم يشأ ، فالطلاق واقع .

ولو قال : أنت طالق إلا أن يشاء الله ، فمشيئة الله غيب ، ولا نحكم بوقوع الطلاق . ثم أخذ يفرق ويقول : المشيئة صفة طارئة على زيد ، فالأصل عدمها ، ومشئته الله صفته الأزلية ، فلا يقال : الأصل عدمها .

وهذا كلام أخرج لا بصيرة معه ؛ فإن الطلاق ليس معلقاً بنفس المشيئة ، وإنما تعلقه بعدم مشيئة عدم الطلاق ، ومشئته الله تتعلق ولا تتعلق ، فعدم التعلق فيها متعلق طلاق الرجل ، فما معنى قول القائل : الأصل ثبوت مشيئة الإله ؟

ومن ألف كلامنا وغشي أطراف مجلسنا ، استهان بمثل هذا الكلام ؛ فلا فرق إذاً بين أن يموت زيد ويستبهم علينا مشيئته ، وبين أن يقع التعليق بمشيئة أزلية تعلقها غيب مستبهم علينا ، فلا يقع الطلاق في الوجهين .

٩١٧٣- وقد انتجز تمام الغرض ، على تبرّم منا بالإطناب فيه ، فإنه واضح ، ومن أنعم النظر في مقدماته ، لم يخفَ عليه درك المقصود من آخره .

وإنما إشكال الفصل في أن يقول القائل : إذا أشكل أمر زيد يقع الطلاق ، وإذا قال : إلا أن يشاء الله لا يقع ، وهذا أمر لا ينفصل أبداً .

(١) نزقات : من النزق : وهو الخفة والطيش . (المعجم والمصباح) .

وقد يقال : عدم مشيئة زيد إذا لا تبين . قيل : لكن [مشيئة الله عز وجل]^(١) كذلك ثم إذا شاء الطلاق ، فقد جزم عدم المحلوف عليه حقه أن يستمر .

فهذه فصول كافية في غرضنا ، ونحن نرى أن نصل بمختتم هذا الفصل فروعاً تتعلق بالمشيئة .

فروع : ٩١٧٤- إذا قال لامرأته : أنت طالق إن شئت ، فقد ذكرنا أن المشيئة تتعلق بالمجلس ، والمعني بالمجلس قرب الزمان المعتبر في اتصال الخطاب بالجواب ، وقد قدمنا تعليلاً في ذلك ، ومِلْنَا في التعليل إلى ما في المشيئة من التملك .

ولو قال : « أنت طالق إن شاء فلان » ، لم يختص ذلك بقرب زمانٍ ومجلس ، وهو بمثابة ما لو قال : « أنت طالق إن قدم فلان » .

وإذا قال لأجنبي : إن شئت فامرأتي طالق ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أن هذا على التراخي ، كما لو قال : إن دخلت الدار . والثاني - إنه على الفور ؛ فإنه استدعاء نطقٍ يقع جواباً ، فحقه أن يكون على الفور ، وقد قال الشافعي : في الإيلاء لو قال لها : والله لا أقربك إن شئت ، فشاعت في المجلس ، كان مولياً ، فشرط المشيئة في المجلس ، وإن لم تكن قد ملكت الطلاق ، [لم]^(٢) يُعلّق بمشيئتها الطلاق . وهذا يؤكد أحد الوجهين في الأجنبي . ويجوز أن يفرض في محل النص [تخريجاً]^(٣) أخذاً من الخلاف المذكور في الأجنبي .

ويجوز أن يفرّق بينها وبين الأجنبي ، [بأن]^(٤) الإيلاء قد يُفضي إلى الطلاق ، فهي في حكم المملّكة على هذا التقدير .

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في الأصل : « ولم » بزيادة (الواو) وهو يقلب المعنى ؛ إذ المقصود : أنها لو لم تملك الطلاق ، لم يتعلق بمشيئتها ، فهو علّق بمشيئتها لأنها ملكته .

(٣) في الأصل : تخريجٌ . والتصويب منا على ضوء السياق ، فالمعنى : يجوز أن يفرض هذا الوجه تخريجاً من الخلاف المذكور في الأجنبي . وهذا قريب من عبارة ابن أبي عسرون .

(٤) في الأصل : فإن .

وإذا قال الزوج : امرأتي طالق إن شاءت ، قال القاضي : هذا مما أتوقف فيه ؛ فإنها لو شاءت ، لوقع الطلاق ، وملكت نفسها/ ، فهي مخيرة مُملّكة على هذا ٧٣ش الرأي .

وينتظم ممّا ذكرناه أنه إذا خاطب امرأته بالمشيئة بحرف (إن) ، فهذا على الفور ، لاجتماع معنى التملك والاستنطاق بالجواب ، ولو قال : أنت طالق إن شاء زيد ، فهذا لا يُحمل على الفور ، لانقضاء معنى التملك واستدعاء الجواب .

ولو قال لزيد : زينب طالق إن شئت ، فوجهان لو جُود استدعاء الجواب وانقضاء التملك .

وإذا قال : امرأتي طالق إن شاءت ، فهذا فيه معنى التملك ، وليس فيه استدعاء الجواب .

وفي هذا الفصل الأخير مستدرك عندي ، فإذا قال : وامرأته حاضرة : امرأتي طالق إن شاءت ، فيجوز أن يُتخيل في هذا تردد . وإن كانت غائبة ، فقال ما وصفناه ، فيبعد اعتبار اتصال [الجواب]^(١) ؛ فإن الحالة ناطقة بصريح التعليق والبعد عن قصد التملك ، وإذا قال لامرأته : أنت طالق إن دخلت الدار ، فقد ملكها التسبب إلى الطلاق ، ثم لم يكن لهذا أثر في حمل الدخول على الفور ، ويجوز أن نقول : إذا بلغها الخبر ، فيحتمل أن يطلب منها الابتدار إلى المشيئة ، وليس هذا بعيداً عن غرض المتكلم .

٩١٧٥- وإذا قال : أنت طالق إن شئت أنت وأبوك ، فمشيئتها تختص بالمجلس ، وإن شاءت هي في المجلس ، وآخر الأب ، ثم شاء ، قال القاضي : لم يقع الطلاق ، لأنه قرن بين مشيئة الأب ومشيئتها على الفور ، فلزم من المشيئة المقترنة بمشيئتها ما يلزم من مشيئتها . وهذا حكاه رضي الله عنه ، وراجع أصحابه فيه ، فأصر عليه .

والتحقيق أن مشيئة الأب قرينة مشيئة يشترط فيها التعجيل والاتصال ، فتكتسب مشيئة الأب من الاقتران التعجيل ؛ فإن حقها أن تكون مقترنة بمشيئة الزوجة ، وإذا

(١) زيادة اقتضاها السياق ، ثم هي في عبارة ابن أبي عصرون .

تَعَجَّلَتْ مَشِيئَةُ الزَّوْجَةِ ، وَاقْتَرَنْتَ بِهَا مَشِيئَةَ الْأَبِ ، كَانَتْ عَلَى التَّعْجِيلِ .

وَيَحْتَمَلُ احْتِمَالاً ظَاهِراً أَنْ تَكُونَ مَشِيئَتُهَا عَلَى الْبَدَارِ وَالِاتِّصَالِ ، وَلَا يَجِبُ رِعَايَةُ ذَلِكَ فِي مَشِيئَةِ الْأَبِ ، وَتَقَرَّرَ كُلُّ مَشِيئَةٍ عَلَى حُكْمِهَا لَوْ كَانَتْ مُفْرَدَةً ، وَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ : أَنْتَ طَالِقٌ إِنْ شِئْتَ وَدَخَلْتَ الدَّارَ ، فَالْمَشِيئَةُ حَقُّهَا أَنْ تَنْتَجِزَ ، وَدُخُولُ الدَّارِ لَوْ اسْتَأْخَرَ ، ثُمَّ وَقَعَ ، وَقَعَ الطَّلَاقُ .

٩١٧٦- وَلَوْ قَالَ : أَنْتَ طَالِقٌ إِنْ شِئْتَ ، فَقَالَتْ : شِئْتُ إِنْ شِئْتَ ، فَقَالَ الزَّوْجُ : شِئْتُ ، لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ الْمَشِيئَةَ حَقُّهَا أَنْ تَكُونَ مَبْنُوتَةً مُجْزُومَةً ؛ فَإِذَا قَالَتْ : شِئْتُ إِنْ شِئْتَ ، فَقَدْ أَخْرَجْتَ مَا قَالَتْ عَنْ كَوْنِهِ خَبِراً عَنِ الْمَشِيئَةِ الْحَقِيقِيَّةِ . وَهَذَا وَاضِحٌ^(١) .

٩١٧٧- وَلَوْ قَالَ : أَنْتَ طَالِقٌ ثَلَاثاً إِلَّا أَنْ يَشَاءَ أَبُوكَ وَاحِدَةً ، فَشَاءَ وَاحِدَةً ، فَالْمَذْهَبُ الْمَشْهُورُ أَنَّهُ لَا يَقَعُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ مَعْنَى الْكَلَامِ وَتَقْدِيرَهُ الظَّاهِرُ : « أَنْتَ طَالِقٌ ثَلَاثاً إِلَّا أَنْ يَشَاءَ أَبُوكَ وَاحِدَةً ، فَلَا يَقَعُ شَيْءٌ » ، فَعَلَّقَ عَدَمَ وَقُوعِ الثَّلَاثِ بِمَشِيئَتِهِ وَاحِدَةً ، وَقَدْ شَاءَ وَاحِدَةً .

وهو كما لو قال : أَنْتَ طَالِقٌ ثَلَاثاً إِلَّا أَنْ يَدْخُلَ أَبُوكَ الدَّارَ ، فَإِذَا دَخَلَ الدَّارَ ، لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ ، فَمَشِيئَتُهُ وَاحِدَةً بِمِثَابَةِ دُخُولِهِ الدَّارَ فِي الصُّورَةِ/ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا . ٧٤ ي

وَذَهَبَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا إِلَى أَنَّهُ يَقَعُ وَاحِدَةً ، وَالتَّقْدِيرُ عِنْدَهُ : أَنْتَ طَالِقٌ ثَلَاثاً إِلَّا أَنْ يَشَاءَ أَبُوكَ وَاحِدَةً ، فَوَاحِدَةً ، فَكَأَنَّهُ يَقُولُ : الثَّلَاثُ يَقَعْنَ إِلَّا أَنْ يَكْتَفِيَ الْأَبُ بِوَاحِدَةٍ ، فَلَا يَقَعُ إِلَّا وَاحِدَةً ، وَهَذَا التَّرَدُّدُ فِيهِ إِذَا أُطْلِقَ اللَّفْظُ ، وَلَمْ يُرَدَّ شَيْئاً ؛ فَإِنْ أَرَادَ وَقُوعَ وَاحِدَةٍ عَلَى التَّأْوِيلِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِي تَوْجِيهِ الْوَجْهِ الضَّعِيفِ ، فَلَا شَكَّ أَنَّ الْوَاحِدَةَ تَقَعُ ؛ فَإِنْ التَّأْوِيلُ وَإِنْ بَعْدَ ، فَهُوَ مَقْبُولٌ ، إِذَا كَانَ مَقْتَضَاهُ وَقُوعَ الطَّلَاقِ .

وَمَنْ قَالَ : إِنَّهُ يَقَعُ وَاحِدَةً إِذَا أُطْلِقَ لَفْظُهُ ، وَهُوَ الْوَجْهُ الْبَعِيدُ ، فَلَوْ قَالَ اللَّافِظُ :

(١) عُلِقَ ابْنُ أَبِي عَصْرٍ عَلَى هَذَا قَائِلاً : « قُلْتُ : بَلْ لَمْ تَأْتِ بِالْمَشِيئَةِ فِي الْحَالِ ، وَإِنَّمَا عُلِقَتْ وَجُودَ مَشِيئَتِهَا عَلَى وَجُودِ مَشِيئَتِهِ » (ر . صَفْوَةُ الْمَذْهَبِ : جُزْءُ ٥ وَرَقَةُ ١٦ شِمَالٍ) فَهُوَ يَرَى عَدَمَ الْوُقُوعِ مُوَافِقاً لِلْإِمَامِ ، وَلَكِنْ يَخَالِفُ فِي التَّعْلِيلِ .

أردت تعليق انتفاء الثلاث بمشيئته واحدة ، فهل يقبل ذلك منه حتى لا يقع شيء ؟ فعلى وجهين : أظهرهما - أنه يصدّق ، ولا يقع شيء .

٩١٧٨- ولو قال لامرأته : أنت طالق إن شئت ، فقالت بلسانها : شئت ، وكانت كارهةً بقلبها ، فلا شك أنا نحكم بوقوع الطلاق ظاهراً ، وهل يقع في الباطن ؟ قال القفال : جرت هذه المسألة بيني وبين أبي يعقوب الأبيوردی ، فذهب إلى أنه لا يقع الطلاق باطناً ، كما لو قال : أنت طالق إن حضت ، فقالت حضت كاذبةً ، فهي مصدّقة ظاهراً ، ولا يقع الطلاق باطناً .

قال القفال : قلت : يقع الطلاق باطناً ، وكأنه معلق بوجود لفظ المشيئة وقد وجد ، والدليل عليه أنه لو قال : أنت طالق إن شاء فلان ، فقال : شئت ، حكم بوقوع الطلاق وصدّق ، ولو كان معتبر الطلاق مشيئة القلب ، لكان ذلك بمثابة ما لو قال : « أنت طالق إن دخل فلان الدار » ، فقال فلان : دخلت ، لم يصدق ، فدلّ [على] (١) أن الطلاق معلق بالنطق بالمشيئة (٢) ، وقد جرى قطعاً .

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) في هذا الكلام والاستدلال حذف لمعلوم أدى إلى ما يشبه التناقض . وبيان ذلك أنه يستدل على أن وقوع الطلاق غير معلق بمشيئة القلب ، فذكر دليلاً على ذلك عدم تصديق فلان إذا قال : « دخلت الدار » وهذا عكس المطلوب ، فلو كان التعليق بالظاهر ، لصدق ووقع الطلاق ، ولكن في الكلام حذفٌ للعلم به ، والتقدير : وإذا كان من المعلوم المسلم أنه إذا قال لامرأته : « أنت طالق إن دخل فلان الدار » فقال فلان : دخلت ، وقع الطلاق ، فدلّ ذلك على أن الطلاق معلق بوجود اللفظ الدال على المشيئة والدخول ، لا على حقيقة ذلك ، ولو كان معلقاً على حقيقة المشيئة ، لم يُصدّق فلان المعلق بدخوله إذا قال : دخلت . ويشهد لمحاولتنا هذه تلخيص الإمام ابن أبي عصرون لكلام إمام الحرمين ؛ إذ قال ما نصه :

« ولو قال : أنت طالق إن شئت ، فقالت بلسانها : شئت - وهي كارهة - وقع الطلاق ظاهراً ، وهل يقع باطناً ؟ حكى القفال عن أبي يعقوب الأبيوردي أنه لا يقع ، كما لو قال : أنت طالق إن حضت ، فقالت : حضت - كاذبةً - ، لم يقع في الباطن شيء . »

وقال القفال : يقع باطناً ؛ لأنه معلق بلفظ المشيئة ؛ ولهذا لو قال : أنت طالق إن شاء فلان ، فقال : شئت ، صدّق ووقع الطلاق . ولو تعلّق بمشيئة القلب ، لكان بمثابة قوله : إن دخل فلان الدار ، فأنت طالق ، فقال : دخلت ، وقع الطلاق « ١ » هـ . (صفوة المذهب / جزء ٥ ورقة : ١٧ يمين) .

قال القاضي : لعل ما ذكره الأبيوردي أصح ، وما استدلل به الشيخ^(١) فيه نظر ؛ من جهة أن تعليق الطلاق على مشيئتها فيه معنى التملك ، وهو يعتمد الإرادة ومحلها القلب ، وليس في تعليق الطلاق على مشيئة زيد معنى التملك ، [بل هو]^(٢) فيه لفظ مجرد منه ظاهراً وباطناً .

وهذا كلام لا يشفي الغليل ؛ فإن لفظ المشيئة مشعر بإرادة القلب في الموضعين ، ولا وقع لملكها نفسها لو طلقت في هذا المقام ، فالوجه في الجواب أن مشيئة زيد وإن تعلقت بإرادة قلبه ، فلا مطلع على إرادته إلا من جهته ، وما كان كذلك ، فلا طريق فيه إلا التصديق ، وليس كما [لو]^(٣) قال : أنت طالق إن دخل فلان الدار ؛ فإن الدخول يمكن أن يعرف لا من جهة الداخل .

ولو قال الرجل لامرأته : أنت طالق إن دخلت الدار ، فقالت : دخلت ، لم تصدق . ولو قال : أنت طالق إن حضت ، فقالت : حضت ، صدقت ؛ لأن الحيض لا يعرف إلا من جهتها ، كما ستأتي المسائل المتعلقة على الحيض .

ومساق كلام القاضي دليل على احتكامه على أبي يعقوب ؛ فإن الطلاق إذا كان معلقاً على مشيئة زيد ، فقال : شئت ، ولم يرد بقلبه - أن^(٤) الطلاق يقع باطناً تعويلاً ش ٧٤ على اللفظ ، وإنما لا يقع باطناً إذا كان معلقاً بمشيئة المرأة/ ولم تُرد بقلبها ، وهذا تحكّم محال .

وأبو يعقوب أفقه من أن يسلم الفرق بين المسألتين ، ولكن المسألة تدور على [نكتة]^(٥) ، وهي أن المرأة لو أرادت الطلاق بقلبها ولم تنطق بالمشيئة ، فإن كان

(١) الشيخ : المراد به هنا القفال .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) زيادة من المحقق .

(٤) المعنى أن الطلاق يقع ظاهراً وباطناً إذا كان معلقاً بمشيئة زيد ولم يشأ بقلبه ، بل بلفظه فقط ، وإذا كان معلقاً بمشيئة المرأة ، فلا يقع باطناً إلا إذا شاءت بقلبها ؛ لأن في التعليق بمشيئتها معنى التملك ، بخلاف الأجنبي . هكذا وبهذا التفريق رجح القاضي كلام الأبيوردي .

(٥) في الأصل : ثلاثة ، ورسمت هكذا (ثلثة) . ويعلم الله كم أضنانا هذا التصحيح ، حتى بلغ بنا الضيق والضجر مبلغاً سدّ منافذ الفكر والطاقة نحو يومين ، ونحن نراوح في مكاننا صباح

أبو يعقوب يزعم أن الطلاق يقع باطناً لتحقيق إرادة القلب ، ولكن لا يقع الحكم به لعدم الاطلاع ، [فيستد^(١)] كلامه ، وإن سلم أن الطلاق لا يقع باطناً ، فيضعف ما ذكره ، ونتبين أن متعلق الطلاق اللفظ المجرد .

والذي أراه أن استدلال القفال حَرَفَه النقلة ، والخلل يتسرع إلى النقل ، سيما في العلوم المعنوية ، وعندني أن القفال ألزَمَ الأبيوردي وقوع الطلاق بإرادة القلب ، فقال أبو يعقوب : يقع ، فقال القفال : يجب أن يصدق إذا أخبر عن إرادة قلبه ، هذا يجب أن يكون مجال الكلام ، ولأبي يعقوب أن يرتكب^(٢) مسألة الأجنبي ، ويقول : يصدق .

٩١٧٩- فأما إذا قال لامرأته : أنت طالق إن شئت ، فأرادت بقلبها ، ولم تنطق ، فيجب القطع بأن الطلاق لا يقع باطناً وظاهراً ؛ فإنَّ شرطَ جوابها أن يكون على صيغة الأجوبة واتصالها بالخطاب ، والكلام الجاري في النفس لا يكون جواباً ، فكأن الزوج علق الطلاق بإرادة وجواب ، فإذا لم يتحقق الجواب ، لم يقع الطلاق ظاهراً وباطناً .
ولو قال لامرأته : أنت طالق متى شئت ، فهي كالأجنبي ، فإن الجواب غير ملتصق منها .

٩١٨٠- وانتظم من مجموع ما ذكرناه أن التعليق إن كان على مشيئة تقع جواباً ، فالطلاق لا يقع بمجرد إرادة القلب ظاهراً وباطناً . وإن شئت على الاتصال ، وهي كراهة بقلبها ، وظهر اللفظ منها ، فهذا موضع تردد الإمامين^(٣) . وإن كان الطلاق معلقاً بالمشيئة من غير اشتراط صيغة الجواب ، فإن وُجد لفظ المشيئة مع كراهية

مساء ، حتى علم الله صدق عزيمنتا فألهمنا قراءتها ، فله وحده الحمد والمنة ، وإليه ألجأ لاثناً بحوله وقوته بارئاً من حولي وقوتي (انظر صورة الكلمة) .

(١) في الأصل : « فيستمر » والمثبت تقدير منا على ضوء معرفتنا بألفاظ الإمام . والله أعلم .
(٢) سبق أن أشرنا إلى معنى (الارتكاب) الذي يعنيه إمام الحرمين في مثل هذا السياق . وهو واضح هنا من هذا السياق . فكل من يُلجئه مُناظره ويُلزمه ما لا يصح ، فإذا لم يجد جواباً ، والتزم ما لا يُسلم ولا يصح ، فهو (مرتكب) .
(٣) الإمامين : القفال والأبيوردي .

القلب ، فالطلاق يحكم به ظاهراً وفي الباطن التردد الذي ذكرناه ، وإن وجدت الإرادة باطناً ، ولم يوجد لفظ المشيئة ، فمن لا يعتبر الباطن ، يقول : لا يقع الطلاق باطناً لعدم اللفظ ، و الأبيوردي قد يقول : يقع الطلاق بإرادة القلب باطناً ، إذا لم يجر في التعليق استدعاء جواب .

هذا منتهى الكلام في ذلك .

فَرَجَّ : ٩١٨١- ولو قال لزوجته الصبية : أنت طالق إن شئت ، فقد قدّمنا تردد الأئمة في ذلك ، وميل الأكثرين إلى أن الطلاق لا يقع ، وهذا قد يؤكّد مذهب الأبيوردي ، فإنه لو كان التعويل على مجرد اللفظ ، فلفظها منتظم كائن ، وذهب ذاهبون إلى أن الطلاق يقع ، كما لو قال للصبية : أنت طالق إن تكلمت أو قلت : شئت ، فقالت : شئت .

٧٥ ولو قال لمجنونة : أنت طالق إن/ شئت ، فقالت : شئت ، لم يقع الطلاق وفاقاً ، والسبب فيه أنا وإن كنا نعتد اللفظ ، فالشرط صدر^(١) اللفظ ممّن يتصوّر أن يكون لفظه إعراباً عن مشيئة قلبه ، ولا يثبت للمجنونة قصدٌ على الصحة ، وليس هذا كما لو قال : إن تكلمت .

وإن قال : إن شئت ، فقالت في سكرها : شئت ، فهذا يخرج على أن السكران كالمجنون أو كالصاحي .

وكان شيخي يقطع بأنه لو قال للصبية : أنت طالق على ألف ، فقالت : قبلت لا يقع شيء ؛ فإنه لا عبارة لها في معاملات الأموال ، وليس كما لو قال : إن شئت ، فقالت : شئت ، ففيه الخلاف المقدم .

وقال القاضي : قبول الصبية يجوز أن يكون بمثابة قبول المجبورة السفهية ، حتى يقع الطلاق رجعيّاً ، ولا يثبت المال . وهذا بعيد جداً .

ولو قال : طلقني نفسك إن شئت ، والتفريع على أن هذا تملك يستدعي جوابها

(١) صَدَرُ : أي صدور . وهذا الاستعمال لهذا المصدر هو الغالب ، بل الدائم في لغة إمام الحرمين .

على الفور ، فللزواج الرجوع قبل أن تجيب . ولو قال لها : أنت طالق إن شئت ، وأراد الرجوع قبل أن تقول : « شئت » ، فلا يقبل رجوعه ، فإن هذا في ظاهره تعليق ، والتعليق لا يقبل الرجوع . كما لو قال : إن أعطيتني ألف درهم ، فأنت طالق ، ثم قال : رجعتُ عما قلت ، فلا أثر لرجوعه . وإذا اتصل الإعطاء ، وقع الطلاق .

فإذا قال : طلقي نفسك إن شئت ، والتفريع [على أن هذا تفويض ، فلا يستدعي جوابها على الفور]^(١) ، فلو ابتدأت وقالت : طلقت نفسي [و]^(٢) شئت ، فلا إشكال ، ولو قالت : طلقت نفسي ، فقال الزوج : رجعتُ - قبل أن تقول : شئت - فلا أثر لرجوعه ؛ فإنه لم يبق إلا التعليق بالمشيئة ، وقد ذكرنا أن التعليق لا يقع فيه الرجوع ، ولو أراد الزوج أن يرجع قبل أن تقول : طلقت نفسي ، نفذ رجوعه ؛ فإن تفويض الطلاق يقبل الرجوع قبل أن [تجيب]^(٣) ؛ فقد اشتمل كلامه على ما يؤثر الرجوع فيه وعلى ما لا يؤثر الرجوع فيه . فانظم الأمر في قبول رجوعه مرةً وردّه أخرى ، كما وصفنا .

٩١٨٢- ومما ذكره الأئمة في المشيئة أنه لو قال لامرأته : يا طالق إن شاء الله . قالوا : يقع الطلاق ، ويلغو الاستثناء ؛ فإن الاستثناء إنما يعمل في الأخبار وصيغ الأفعال ، فأما الأسامي ، فلا عمل للاستثناء فيها .

وهذا فيه نظر ؛ فإن الطالق وإن كان اسماً ، فمعناه يعني طلقتك ، ولو أراد أن يصرف اللفظ عن اقتضاء الإيقاع ، لم يقبل منه أصلاً . وإذا قال : أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله ، لم يقع شيء والثلاث تقع تفسيراً لمصدرٍ يُضْمَنُ الطلاق ، وهو متعلق الاستثناء ، فالوجه عندنا صحة الاستثناء ، وانتفاء الطلاق . وقد وجدت هذا في مرامز المحققين .

ولو قال : يا طالق أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله ، انصرف الاستثناء إلى الثلاث ، ووقعت طلقه بقوله : يا طالق ، وهذا بين .

(١) زيادة اقتضاها السياق ، واستقامة الكلام .

(٢) (الواو) زيادة من (صفوة المذهب : جزء ٥ ورقة ١٨ يمين) .

(٣) في الأصل : تجيز . والمثبت تقديرٌ منا .

٩١٨٣- ولو قال : أنت طالق ثلاثاً يا طالق إن شاء الله . قال الأصحاب : لا يقع
 ٧٥ عليها شيء ؛ لأن/ قوله : يا طالق لا يعمل الاستثناء فيه ، فانصرف إلى ما يقبل
 الاستثناء ، وهو قوله : أنت طالق ثلاثاً ، وامتنع وقوعها ، ولم نُوقع طلاقاً [بقوله]^(١)
 يا طالق بعد إيقاع الثلاث ؛ لأنه وصفها بالطلاق [لإضافة الطلاق]^(٢) الثلاث الذي
 أوقعها [إليها]^(٣) وقد لغت الثلاث ؛ فلغا الوصف الصادر عنها ، ولم ينقطع حكم
 الاستثناء بما تخلل بينه وبين المستثنى عنه من قوله يا طالق ، لأنه على وفق المستثنى
 عنه من جنسه ، فالاستثناء إنما ينقطع إذا تخلل بينه وبين المستثنى عنه ما ليس من جنس
 النظم الذي يتسق فيه الاستثناء ، فلو قال : طلقك يا فاطمة إن شاء الله ، أو أنت طالق
 [ثلاثاً]^(٤) يا حفصة إن شاء الله ، فالاستثناء يعمل ، ولا يضرّ تخلل التسمية بين
 الاستثناء وبين المستثنى عنه .

وهذا فيه وجهان من النظر : أحدهما - ما قدمناه من صرف الاستثناء إلى الطالق ،
 فلا امتناع فيه ، فيتجه إذاً ربط الاستثناء بالطالق وقطعه عن الثلاث ، وإذا انقطع
 الاستثناء عن الثلاث وقعن ، فيبقى الطالق القابل للاستثناء في وضعه ، والاستثناء
 مختص به ، ولكن لا يعمل في هذه المسألة بعد أن طلقت ثلاثاً .

ولا يمتنع أن يقال : يلغو الاستثناء ، لتخلل « الطالق » ؛ فإنه في حكم اللغو الذي
 لا حاجة إليه ، وليس كالتسمية ؛ فإنها تجري على سداد الكلام وحسن النظم ،
 والطالق في قوله : « أنت طالق ثلاثاً يا طالق إن شاء الله » فضلةٌ [مستغنى عنها]^(٥) ،
 فيُقطع الاستثناء ويقع الثلاث على هذا التأويل .

ويتجه وجهٌ آخر - وهو صرف الاستثناء إلى الثلاث وإبطال الثلاث ، فيبقى قوله :
 « يا طالق » ، فتطلق طلاقاً بذلك ، ولا حاصل لقول من قال : هذه الصفة صادرة عن

(١) في الأصل : لقوله .

(٢) زيادة اقتضاها السياق ، وهي في صفوة المذهب (السابق نفسه) .

(٣) زيادة من المحقق .

(٤) زيادة من صفوة المذهب (السابق نفسه) .

(٥) في الأصل : فضلة مستغنى .

الثلاث ، بل هي مقالة مستقلة بنفسها ، فيرتبط بها حكمها .

٩١٨٤- ما سبق ثلاثة أوجه : أحدها - إنه لا يقع شيء وهو الذي حكاه القاضي .

والثاني - إن الثلاث تقع ، وله معنيان .

والثالث - إنه يقع طلقة واحدة ، كما لو قال : أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله يا طالق ؛

فإنه لو قال هذا ، بطلت الثلاث بالاستثناء ، ويقع طلقة بقوله آخراً : « يا طالق » .

٩١٨٥- ولو قال : أنت طالق يا زانية إن دخلت الدار ، فالطلاق معلق بالدخول ،

ولا يضرّ تخلل ما جرى .

٩١٨٦- ومما نذكره في خاتمة الفصل ونجمع فيه تراجم ، أنه لو قال لامرأته : أنت

طالق إن لم يشأ الله ، فقد نص الشافعي على أن الطلاق لا يقع ؛ فإنه علقه بمحال ؛

فإذا كان المحال لا يقع ، كما لو قال : أنت طالق إن صعدت السماء ، فإذا استحال

صعودها ، انتفى الطلاق ، وكذلك إذا قال : أنت طالق إلا أن يشاء الله ، فعدم تعلق

المشيئة بالطلاق مع وقوع الطلاق محال .

قال صاحب التلخيص : لو قلت : « يقع الطلاق » ، لم أكن مُبعداً ؛ فإنه خاطبها

بالطلاق/ وقال بعده محالاً غير ممكن في العقد ، وما لا إمكان له لا تعليق به ، وليس ٧٦ ي

كالتعليق بصعود السماء ؛ فإن الرب قادر على إقدار العبد عليه ، وقد قدمنا خلافاً بين

الأصحاب فيه إذا قال : « أنت طالق إن صعدت السماء » ورتبنا عليه جملاً توضّح

الغرض ، وسنعود إليها في الفروع ، إن شاء الله .

فانتظم فيه أنه لو قال : أنت طالق إن شاء الله ، لم يقع الطلاق .

وحكى صاحب التقريب والشيخ أبو علي قولاً غريباً أن الطلاق يقع ، ونقلنا للشافعي

نصاً أنه لو قال : أنت علي كظهر أمي إن شاء الله ، فهو مظاهر ، وطرده المحققون هذا

القول في الطلاق ، والعقود جُمع والحلول ، وكلّ لفظ حقه أن ينجزم ، ورام بعض

الأصحاب أن يفرق بين الظاهر وغيره ، ولست أرى لذكر ما لا أفهمه وجهاً .

وقال بعض المحققين : الاستثناء بعد الإقرار باطل ، فإذا قال الرجل : لفلان علي

عشرة إن شاء الله ، فالعشرة ثابتة ، والاستثناء باطل ؛ فإنه أخبر ثم رام بآخر كلامه أن

ينفي ، فأما ما هو إنشاء ، فشرطه أن يصح اللفظ فيه ، فإذا قال : إن شاء الله ، لم يأت بلفظ صحيح ، فلا يصلح اللفظ المضطرب للإثبات .

وكل ذلك خبطٌ والصَّحيح أن التعليق بالمشيئة [يفنِّد]^(١) جميع ما تقدم من إقرار وإنشاء ، وحلٌّ وعَقْد ، وطلاق وظهار .

ولو قال : أنت طالق إن لم يشأ الله ، فالنص أنه لا يقع ، وخَرَجَ صاحب التلخيص الوقوع .

ولو قال : أنت طالق إلا أن يشاء الله ، فالصحيح أن الطلاق لا يقع ، وقد أطنبنا فيه .

وفي المسألة قولٌ آخر : إنه يقع ، زعم القاضي أنه القياس ، وهو غفلة منه ، والصحيح أنه لا يقع . قال الصَّيدلاني : كان القفال لا يذكر غيره .

٩١٨٧- ومما نذكره متصلاً بالفصل أن الرجل إذا قال لامرأته : أنت طالق ، ثم كما^(٢) تم اللفظ بدا له أن يقول : « إن شاء الله تعالى » ، فقال على الاتصال ، ولكنه لم ينشئ اللفظ على قصد أن يعقبه بالاستثناء ، قال أبو بكر الفارسي : لا خلاف أن الطلاق يقع ؛ فإن الاستثناء أنشأه بعد وقوع الطلاق ، وهذا المعنى ظاهر ، لا منكرة فيه ، ولكنه جمع مسائل عويصة ، وادّعى الإجماع فيها ، فلم تسلم له دعوى واحدة منها ، وخالفه الأصحاب في جميعها ، فكذا^(٣) حتى ذكروا خلافاً في هذه المسألة ، وكان شيعي يَغْزِيهِ إلى الأستاذ أبي إسحاق ، ورأيته لغيره .

ولست أرى له وجهاً ؛ فإن الطلاق يقع مع تمام اللفظ ، وإنشاء الاستثناء بعده تداركٌ طلاقٍ واقع . وأبو بكر ما نقل الإجماع في المسائل ، ولكن ذكر مسائل غريبة تستند إلى معانٍ ظاهرة لا تُدرك فيها إلا المعنى ، ولا ينقذ فيها إلا وجهٌ واحد ، وهذه المسألة من أظهرها .

(١) في الأصل : يفيد . وفي صفوة المذهب : « يبطل » . والمثبت اختياراً منا لأقرب الصور إلى الموجود في الأصل .

(٢) كما : أي عندما .

(٣) كذا بهذا الرسم (فكذا) . (انظر صورتها) .

ثم ما ذكره يجري في التعليقات ، فلو قال : أنت طالق ، ثم بدا له / أن يقول : إن ٧٦ ش دخلت الدار ، فقال ، فالطلاق يتنجز على ما ذكر ، والتعليق بعده طائغ^(١) .

ومن خالف في مسألة الاستثناء يخالف في هذه . قال شيخي عن القفال : إذا قال : أنت طالق واحدة ثلاثاً إن شاء الله ، فلا يقع شيء ، وينصرف الاستثناء إلى جميع الكلام ، والواحدة التي قدّمها معادة في الثلاث ، فانصرف الاستثناء إلى [جميع]^(٢) الكلام .

ولو قال : أنت طالق ثلاثاً ثلاثاً إن شاء الله ، لم يقع شيء .

ولو قال : أنت طالق واحدة وثلاثاً - بالواو العاطفة - إن شاء الله ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أن الاستثناء يرجع إلى الجميع ؛ فإنه وإن عطف ، فلا مزيد على الثلاث ، وإذا تعلقت الثلاث بالمشيئة ، لم يقع شيء .

والوجه الثاني - أن الطلقة الأولى تقع ، والواو فاصلة .

ولو قال : أنت طالق ثلاثاً وثلاثاً إن شاء الله ، فوجهان : أحدهما - لا يقع شيء .

والثاني - يقع الثلاث ، والواو فاصلة مانعة من انعطاف الاستثناء .

ولو قال : أنت طالق واحدة واثنين إن شاء الله ، فهذا مخرّج على أنا هل نجمع ما يفرقه من الصيغ ؟ فإن لم نجمع ، وقعت الطلقة الأولى ، وإن جمعنا ، لم يقع شيء .

* * *

(١) في هامش الأصل : « حاشية : أي ساقط » وعبارة (صفوة المذهب : ٥ / ورقة ١٩ يمين) : « فالطلاق يقع ، ويلغو التعليق » .

(٢) في الأصل : يوم الكلام .

باب طلاق المريض

قال الشافعي : « وطلاق المريض والصحيح سواء . . . إلى آخره »^(١) .

٩١٨٨- طلاق المريض واقع كطلاق الصحيح ، لا مرأ فيه ، ومقصود الباب الكلام في انقطاع الميراث ، وتحصيلُ المذاهب في ذلك ، فنقول : إذا طلق في الصحة ، وأبان ، انقطع الميراث ، من الجانبين سواء اتفق موت الزوج ، وهي في العدة بعدُ ، أو مات بعد انقضاء العدة ، وسواء كان الطلاق بسؤالها أو لم يكن بسؤالها .
وإن كان الطلاق رجعيّاً ، فالرجعية زوجة في الميراث : إن مات الزوج وهي في عدة الرجعية ، ورثته ، وإن ماتت في العدة ورثها .

٩١٨٩- فأما الطلاق في مرض الموت ، فإن كان رجعيّاً ، فالتوارث قائم ما دامت في العدة ، حتى لو ماتت قبل انقضاء العدة ، ورثها الزوج ولو مات ، ورثته .
ولو أبانها ، نُظر : فإن أبانها بسؤالها أو اختلاعها ، انقطع الميراث ، ولم يكن الزوج فارّاً ؛ لأنه غير مُتهم ؛ إذ هي الراغبة في البينة .

وذكر العراقيون : أن من أصحابنا من أجرى القولين اللذين سنذكرهما في انقطاع الميراث ، ونسبوه إلى ابن أبي هريرة ، وهذا وإن كان غريباً في الحكاية ، فهو معتضد بقصة عبد الرحمن بن عوف وزوجته تماضر^(٢) ، فإنها [سألت]^(٣) الطلاق ، فطلقها

(١) ر . مختصر المزني : ٨٣/٤ .

(٢) قصة عبد الرحمن بن عوف رواها الشافعي من حديث عبد الله بن الزبير ، وقال : هذا حديث متصل (الأم : ١٣٨/٥) ، ورواها عبد الرزاق في مصنفه (٦٢/٧ ح ١٢١٩٢) ، والبيهقي في الكبرى (٣٢٩/٧ ، ٣٣٠) ، ورواها مالك في الموطأ عن أبي سلمة بن عبد الرحمن (٥٧١/٢ ح ٤٠) . أما الرواية التي فيها أن الطلاق كان بسؤال زوجة عبد الرحمن ، فقد رواها مالك في الموطأ عن ربيعة (٥٧٢/٢ ح ٤٢) .

(٣) في الأصل : « سات » هكذا ولعلها صحفت إلى (شاءت) .

ثلاثاً ، وورثها عثمان . وهذا غير مُعتدِّ به ، وقد ذكرنا في الطلاق البدعي اتفاقاً في أن الخلع ليس بدعياً ، وفي الطلاق بالسؤال [قولين ، و]^(١) لست أدري هل نجريهما [هاهنا]^(٢) في الاختلاع ؟ ولا ينبغي أن نعتني بالتفريع على الضعيف .

٩١٩٠- وإن لم تسأل الطلاق ، فطلقها ثلاثاً/ ، أو طلقها الطلقة الثالثة الباقية ، أو ٧٧ ي سألت طلقةً أو طلقتين رجعتين ، فطلقها ثلاثاً ، فلا أثر للسؤال في هذا المقام ، [فالمسائل]^(٣) يُخْرِجُ في جميعها قولان : أظهرهما - وهو المنصوص عليه في الجديد أن الميراث ينقطع ، والعبارة المشهورة عن هذا القول : « أنا لا نجعله فاراً ، بل نقضي بانقطاع الميراث ؛ لأن علة الوراثة عصمة الزوجية ، وقد انقطعت » .

والقول الثاني - أن الميراث لا ينقطع ، نص عليه في القديم ، واعتمد حديث عبد الرحمن - كما ذكرناه - في المسائل ، وهو في القديم كان يقدم الأثر على القياس ، والعبارة عن القول القديم : « أنا نجعله فاراً ونتهمه بقصد قطع الميراث ، ونعاقبه بضد مقصوده ، كما نحرم القاتل الميراث ؛ من جهة أنا نتهمه باستعجال الميراث » .

ثم إذا فرعنا على القديم ، فعبارتنا عنه أنه فارٌ ، وإن جرت مسألة فيها خلاف ورددنا هذه العبارة بين النفي والإثبات ، فليعرف الناظر هذا في صدر الباب ، ثم ينتظم في التفريع على هذا القول اتباع التهمة ، والتفريعات مطردة على هذا المعنى . وإن لم يكن له ثبات في سبر النظر وإقامة الجدل ، ورُبَّ معنى نستعمله رابطةً للتفريعات ، فيجري ، ولا نرى التمسك به في الخلاف .

٩١٩١- فإن ورثنا المبتوتة ، فإلى متى نورثها ؟ فعلى أقوال : أحدها - أنا نورثها إلى أن تنقضي العدة ؛ فإن مات الزوج قبل انقضاء العدة ، ورثته ، وإن مات بعد انقضاء العدة ، لم ترث ؛ فإن العدة تابع من توابع النكاح ، وعُلقة من بقايا أحكامه ، وهذا مذهب أبي حنيفة^(٤) .

(١) زيادة من المحقق اقتضاها السياق .

(٢) زيادة رعاية للسياق .

(٣) في الأصل : « والمسائل » والمثبت تقدير من المحقق .

(٤) ر . مختصر الطحاوي : ٢٠٣ ، مختصر اختلاف العلماء : ٤٣٢/٢ مسألة ٩٤٢ ، طريقة

الخلاف : ١٢٣ مسألة ٥١ ، إثبات الإنصاف : ١٧٩ .

والقول الثاني - أنا نورثها إلى أن تنكح ، وهذا مذهب ابن أبي ليلى^(١) ، ووجهه أن اعتبار العدة باطل ؛ فإنها بائنة في العدة وبعد انقضائها ؛ فلا معنى للنظر إلى العدة ، ولو طلقها في الصحة ، ثم مرض ومات وهي في العدة ، لم ترثه ، فإذا بطل اعتبار العدة ، فالنظر إلى النكاح ؛ فإنها لو نكحت ، صارت محل أن ترث زوجها الثاني ، فبعد أن تورث من زوجين ، ولا يمتنع أن نجعل تزوجها إسقاطاً منها لحقها ، والأولى التعلّق باستبعاد توريثها من زوجين .

والقول الثالث - أنا لا نسقط ميراث المبتوتة بشيء إلا بأن تموت قبل زوجها ، فلو نكحت أزواجاً ، فميراثها قائم ؛ فإن حق الإرث إذا ثبت لم يسقط ، وإذا أدمنا توريثها بعد الزوجية ، لم نبق لمستبعد متعلّقاً ، وهذا مذهب مالك^(٢) .

٩١٩٢- ومما نفرّعه أن المريض لو طلق زوجته التي لم يدخل بها ، فإن قلنا في المدخول بها : إذا انقضت عدتها لم ترث ، فغير المدخول بها لا ترث ؛ إذ لا عدة عليها ، وإن لم نعتبر العدة في المدخول بها ، ورثنا هذه ، ثم إلى متى ترث ؟ فعلى قولين : أحدهما - أنها ترث إلى أن تتزوج .

والثاني - أنه لا ينقطع حقها من الميراث ما لم / تمت قبل المطلق . ش ٧٧

٩١٩٣- ومن الأصول المفرّعة على القول القديم أنه لو كان تحته أربع نسوة ، فطلقهن في مرض الموت ، وتزوج بأربع سواهن ، ثم مات ، ففي المسألة ثلاثة أوجه : أحدها - أن حق الإرث للمطلقات ، ولا ميراث للواتي نكحهن في المرض ؛ فإنه نكحهن ونصيب الزوجات مستحق من الميراث ، فلا حظ لهن ؛ إذ لا سبيل إلى حرمان الأوائل ، ويبعد توريث أكثر من أربع .

والوجه الثاني - أن الميراث بين البائئات وبين المنكوحات ؛ فإن البائئات لم ينقطع

(١) ر . بداية المجتهد لابن رشد : ٨٩/٢ ، عيون المجالس للقاضي عبد الوهاب : ١٢٤٣/٢
مسألة ٨٦٦ ، اختلاف الفقهاء للمروزي : ٢٤١ مسألة ٩٨ .

(٢) ر . الإشراف للقاضي عبد الوهاب : ٧٥٠/٢ ، ٧٥١ مسألة ١٣٦٣-١٣٦٥ ، عيون المجالس
١٢٤٠/٣ مسألة ٨٦٥ .

استحقاقهن ، وإذا ورثناهن ، استحال أن نحرم المنكوحات ، وعلى هذا الوجه لا يمتنع أن نورث عدداً كثيراً من النسوة بفرض نكاحهن وطلاقهن .

والوجه الثالث - أن الميراث للمنكوحات ، ويسقط بهن حق المطلقات ، فإن ورثناهن لتعلقهن بآثار [النكاح]^(١) والمنكوحات الجديديات مستمسكات بعين النكاح ؛ فكنّ أولى من صواحبات العلائق والآثار .

وهذه الأوجه إنما تنشأ لزيادة [العدد]^(٢) على مبلغ الحصر ، فلو طلق امرأة ونكح أخرى ، فلا وجه إلا الاشتراك إذا كنا نفرّع على الوجه الأول ، أو على الوجه الثاني ، أما الوجه الثاني ، فمقتضاه الاشتراك ، وأما الوجه الأول ، فمقتضاه تخصيص المطلقات في الصورة الأولى ، وهذا لا ينقدح في هذه الصورة ؛ فإننا نقدر كأن التي طلقنا لم تطلق ، ولو لم يطلق الأولى ونكح عليها أخرى ، لا شرتنا ، وهذا على وضوحه يجب ألا يُغفل عنه ؛ إذ قد يظن [ظاناً]^(٣) أن الواحدة تستغرق الربع أو الثمن كالأربع ، ويحسب أن الخلاف يجري في مطلقة ومنكوحة ، وليس الأمر كذلك ؛ [فما]^(٤) ذكرناه من إدخال منكوحة على منكوحة ، وهذا لا يتحقق مع الزيادة على الحصر .

فأما إذا فرعنا على الوجه الثالث ، وهو أن الميراث للمنكوحات الأربع المتأخرات ، فإذا طلق واحدة ونكح أخرى ، فكيف الوجه وقد وجهنا الوجه الثالث باستمسك المتأخرات بحقيقة النكاح ؟ نقول : لا ينقدح إلا التشريك ؛ فإن التشريك بين اثنتين ممكن ، وهذا كما لو نكح امرأتين ، فأبان إحداهما في المرض - والتفريع على القديم - فالميراث بين الباقية في حالة النكاح وبين البائنة ، فاستبان أن الأوجه في فرض الزيادة على العدد المحصور .

٩١٩٤- صورة أخرى : إذا طلق أربعاً وأبانهنّ ، ونكح واحدةً ، فإن رأينا تخصيص

(١) زيادة اقتضاها السياق ، وهي في صفة المذهب .

(٢) في الأصل : « العبد » وهو تصحيف واضح .

(٣) في الأصل : طلق .

(٤) في الأصل : (ما) والمثبت تصرف منارعاية للسياق .

المطلقات ، حرمننا الجديدة ، وإن رأينا الإشارك أشركنا ، وإن رأينا في الصورة الأولى تقديم المنكوحات ، [فلا]^(١) وجه إلا صرف جميع ميراث الزوجات إلى الواحدة الجديدة ، فإن الذي نحاذره الزيادة على العدد ، وإذا عسر ، خصصنا/ الميراث بأحد [الحزبين]^(٢) والمنكوحة أولى .

ولو طلق واحدةً ، ونكح أربعاً ، فإن أشركنا ، فلا كلام ، وإن خصصنا المنكوحات ، حرمننا المطلقة ، وإن خصصنا [المطلقات]^(٣) ، انفردت الواحدة [البائنة]^(٤) بجميع الميراث ، وسقطت الزوجات .

٩١٩٥- ولو علّق طلاقها في المرض نُظِر : فإن علّقهُ بفعل نفسه ، ثم أوجد ذلك ، فهو فارٌّ .

وإن علّق بفعلها ، ولها منه بذٌ ، ففعلت وبانت ، فليس بفارٌّ ، كما لو سألت^(٥) . وإذا ذكرنا قولاً بعيداً ، لم نعد إليه .

وإن لم يكن لها منه بذٌ وكانت مدفوعةً إلى ذلك الفعل محمولةً عليه طبعاً أو شرعاً : كالنوم ، والطهارة ، وتأدية الفرائض ، فالرجل فارٌّ .

وإن علّق الطلاق في المرض بفعل أجنبيٍّ أو بمجيء وقتٍ ، أو جريان شيء من الحدّثان^(٦) ، فتحقّق ذلك ، فالرجل [فارٌّ]^(٧) بمثابة المنجّز في المرض .

(١) في الأصل : ولا ، والمثبت تقدير منا .

(٢) في الأصل : الجزأين . والمثبت تصرف من المحقق ، ووجدناه في عبارة صفوة المذهب .

(٣) في الأصل ، وفي صفوة المذهب : « المطلقة » وهو تصحيف ، حيث الكلام عن صورة طلاق الأربع ونكاح أربع أخريات .

(٤) في الأصل : الثانية ، والمثبت تقدير من المحقق . ثم هي مصحفة أيضاً في صفوة المذهب : جزء (٥) ورقة (٢٠) شمال .

(٥) كما لو سألت : أي سألت الطلاق .

(٦) الحدّثان : بفتحات ثلاث ثم ألف مد بعدها نون : يراد بها هنا نوائب الدهر وحوادثه (ر . المعجم) .

(٧) في الأصل : « فان » وهو تصحيف واضح .

ولو علق الطلاق بفعلها ، فنسيت ، قلنا : إن لم يكن عندها علم من ^(١) اليمين ، فالرجل فارّ .

وإن كان عندها علم ، وظهر من قصده أنه رام منعها عن ذلك الفعل ، فإذا نسيت وفعلت ، وحكمنا بوقوع الطلاق مع نسيانها ، فهل نجعل الرجل فارّاً ؟ هذا يحتمل : إن نظرنا إليه ، فإنه لم يجرد تطليقها ، وإن نظرنا إليها ، فلم يوجد منها ما يحل محلّ سؤالها الطلاق ، والأشبه أنه فارّ ؛ لأنه علق الطلاق في المرض ، فوقع من غير قصدها ، والمعلّق على هذا الوجه كالمطلّق .

ومما يتعلق بذلك أنه إذا علق الطلاق بتطعمها ، فما حدّ الحاجة ؟ أنجعلها على حدّ الضرورة كالتي لا تختار الطلاق ونجعلها دون الضرورة مختارة أم نعتبر شيئاً آخر ؟ وما قولنا في التّفلة ^(٢) ؟ هذا كلام منتشر .

أما الضرورة ، فلا نرعاها ، فإذا أكلت أكلاً عدّمه يضرّ بها ، فليست مختارة ، وإن تلذّذت بالطعام ، وذلك يضرها ، فنجعلها كالمختارة ، وإن تلذّذت والأكل ينفعها ، فيجوز أن يلحق بجنس الطعام ؛ فإن الفصل بين هذه المراتب عسر ، يعجز عنه مهرة الأطباء ، ويجوز أن تجعل كالمختارة فيه .

والذي أراه أن التعويل في هذا على ظنّها ، فإن ظنت تطعمها على حدّ يضر تركه ، فليست مختارة - وإن كان الأمر على ضدّ ذلك - بناءً على ما مهّدته في النسيان .

وإن ظنت أن ذلك التطعم مضرّ ، فهي مختارة وإن كان الأمر على خلاف ما ظنت ، فهذا نوع من الكلام في تعليق الطلاق .

٩١٩٦- ومما يتعلق بتمام الكلام في هذا القول في تعليق الطلاق في الصّحة مع وقوعه في المرض ، أو في زمن يتصل به ، ونحن نفصّل هذا بالمسائل .

(١) كذا في الأصل وفي صفوة المذهب أيضاً . والمعنى - كما هو واضح - أنها ليس عندها علم عن يمين تعليق طلاقها .

(٢) التّفلة : في الحديث : « وليخرجن تفلات » أي غير متطيبات ، ولا متزينات .
فالتّفلة التي تركت زيتها هذا معناها في الأصل ، ثم استخدم هذا في معنى الزهد والتقليل ، والرغبة عن الطعام .

فإن علق الصحيح الطلاق بمقدمات الموت وما يُنبئ عنه ، فهو فارٌّ ، وإن جرى التعليق في حالة الصحة ، وذلك مثل أن يقول : إذا وقعت في النزاع ، أو ترددت روعي في الشراسيف^(١) ، فأنت طالق ، وإنما قطعنا بكونه فارّاً ؛ لأنه اعتمد الفرار وأضافه إلى المحل الذي ينشأ منه التهمة .

وكذلك لو قال : أنت طالق قبل موتي بيوم أو يومين ، وذكر مدة قريبة ، الأغلب أن ش ٧٨ مرض الموت ينسبط عليها/ ، فإذا مات وتبيننا بتاريخ تلك المدة أن الطلاق وقع في أولها ، وأولها في الصحة - كذلك اتفق^(٢) - فالرجل فارٌّ ، والتعليق في الصحة والوقوع في الصحة^(٣) ؛ فإن معتمد هذا القول تحقق التهمة .

وقد ذكرت في مقدمة الباب [أننا]^(٤) نعتبر التهمة تطرد في التفريع على القول القديم ، وقد وقع الطلاق في هذه المسألة في وقتٍ لو نجّزه فيه لم يكن فارّاً^(٥) .

وكان شيخنا أبو محمد يقول : « إذا علق الصحيح الطلاق على الموت ، أو على مرض الموت ، ففي كونه فارّاً خلاف » .

وهذا مجازفة وذهول عن المسألة . نعم ، الصورة الأخيرة التي ذكرناها صعبة ؛ فإن التهمة وإن تحققت ، فينبغي أن يقع أحد الطرفين في المرض ، فتقدير الخلاف في هذا ظاهر .

وحكى من يوثق به أن القاضي قال في مجالس الإفادة : « إذا قال : إذا مرضت مرض الموت ، فأنت طالق قبله بيوم ، أو قال لعبده إذا مرضت مرض الموت ، فأنت

(١) الشراسيف : جمع شرسوف ، وهو الطرف اللين من الضلع مما يلي البطن ، والمعنى : إذا ترددت روعي بين أضلعي عند خروجها . (المعجم) .

(٢) أي صادم .

(٣) كون التعليق في الصحة واضح ، حيث أنشأه كذلك ، وكون الوقوع في الصحة يظهر إذا علمنا أن الحكم بوقوع الطلاق كان قبل موته بيوم أو يومين ، ولما ضبطنا التاريخ ، تبين لنا أنه كان في حال الصحة يومئذٍ .

(٤) في الأصل : أن .

(٥) لهذا هو موضع المفارقة في المسألة ، أنه يعتبر فارّاً ، مع أنه علق ووقع المعلق في وقتٍ لو نجّز فيه ما علق لم يكن فارّاً .

حرّ قبله بيوم ، قال : ليس بفارّ ، وليس العتق من الثلث لوقوع الطلاق والعتق في حال الصحة .

وكان يجوز أن نقول : المطلق فارّ ، والعتق من الثلث : أما الفرار ، فالمتبع فيه التهمة ، وهي لائحة ، والشاهد لهذا المسألة التي [نذكرها]^(١) الآن : وهي إذا قال : أنت طالق قبل موتي بيوم ، ثم مضى يوم في أوله صحيح ، ومرض في آخره ومات ، فالطلاق وقع في الصحة ، وهو طلاق فارّ على القياس البين ، فليكن الأمر كذلك في تقديمه على مرض الموت .

ثم إذا تحقق هذا في الطلاق ، فالعتق يتبعه ، فكل طلاق يفرض طلاق فارّ ، فالعتق إذا أقيم في محله ، فهو عتق تبرّع .

٩١٩٧- ولنا وراء هذا تصرفان : أحدهما - أنه لا يبعد فرق بين المسألة الأولى التي استشهدنا بها وبين الثانية ؛ فإنه ذكر في الأولى أياماً يغلب على القلب انبساط المرض عليها ، وصرّح في المسألة التي أفادها القاضي بالتقديم على المرض ، فإن كانت تهمة^(٢) ، فلتكن ، فإننا لا نلتزم مضادته في كل تهمة ، ولا بدّ من ضرب من الارتباط بالمرض . هذا وجه . والأوجه أنه فارّ ؛ فإن هذا ينشأ من استشعار الموت .

والوجه الثاني في النظر - أن ما ذكرناه من الفرار متجه ، فأما عتق يفرض وقوعه في الصحة ويختلف في احتسابه من رأس المال ، فلا وجه له ؛ فإن مأخذ الاحتساب من الثلث وقوع التبرّع في حالة الحجر ، ومرض الموت يجزّ على المرء حجراً ويردّ مضطربة^(٣) إلى ثلثه ، فلا التفات في هذا على التهمة .

(١) في الأصل : « ذكرناها » والمثبت اختياراً منا ، على ضوء السياق ، ويشهد لاختيارنا عبارة ابن أبي عصرون ونصها : « ... ويجوز أن يقال : إن المطلق فارّ ، وإن العتق من الثلث ؛ لأن المتبع في الفرار التهمة ، وهي لائحة ، ويشهد لهذه المسألة : إذا قال : أنت طالق قبل موتي بيوم ، فمضى يوم هو في أوله صحيح ، ومرض آخره ومات ، فالطلاق وقع في الصحة ، وهو طلاق فارّ على القياس البين ، فليكن الأمر كذلك » ا. هـ (ر . صفوة المذهب : جزء (٥) ورقة (٢١) شمال) .

(٢) كانت تهمة : كان هنا تامة : أي فإن وجدت تهمة .

(٣) مضطربة : المراد هنا تصرفاته .

٩١٩٨- ومما يتعلق بهذا أنه لو علق الطلاق في الصحة بفعل من أفعال نفسه ، ثم مرض ، ففَعَلَهُ في المرض ، قطع القاضي بأنه فارَّ ؛ فإنه اعتمد سبب الطلاق في مرضه ، فكان كما لو نجَز الطلاق في المرض ، وهذا حسنٌ فقيه ، وكان شيخي يذكر وجهين في هذه الصورة ، والوجه عندي القطعُ بما ذكره القاضي ؛ فإن عماد القول ي ٧٩ التهمة ، وتحققها في هذه الصورة كتتحققها في تنجيز/ الطلاق .

وإن علّق الطلاق في الصّحة بفعل أجنبي ، أو بأمرٍ يجوز أن يقع في الصحة ، ويجوز أن يقع في المرض مما لا يتعلق به ، فاتفق وقوع ذلك في المرض ، فحينئذٍ في المسألة قولان : أحدهما - أن الاعتبار بحالة التعليق ، ولقد كان صحيحاً فيه ، فليس فارّاً .

والقول الثاني - أنه فارَّ ؛ نظراً إلى وقت وقوع الطلاق ، ولعلّ الأقيس القولُ الأول ؛ فإن التهمة لا تتحقق .

وكما طرد الأصحاب قولين في الطلاق طردوهما في العِتاق ومحلّ احتسابه ، وجريانُ القولين في العِتاق في الصورة التي انتهينا إليها حسنٌ ترددًا في وقت التعليق ووقت النفوذ .

فإن قال قائل : إذا كان عماد الفرار على التهمة ، فكيف يخرج قول الفرار في الصورة التي ذكرتموها ؟ قلنا : إذا علّق بصفةٍ مترددةٍ بين أن تقع في الصّحة أو المرض ، ولو أوقع في المرض ، لآتَهم ، فإذا أطلق التعليق بما يجوز تقدير وقوعه في المرض ، انبسط التعليق على زمانٍ لا تهمةً فيه ، وعلى زمانٍ فيه تهمة ، فلا يبعد أن يُنظر إلى العاقبة . وإن وقع في زمانٍ نفى التهمة ، فلا فرار ، وإن وقع في زمان التهمة ، جعلناه فارّاً .

وقال أبو حنيفة^(١) : إذا وقع العتق في المرض ، وقد جرى التعليق في الصّحة ، فالعتق من الثلث ، وإذا جرى تعليق الطلاق في الصّحة ، ووجدت الصّفة في المرض ، فلا يكون الزوج فارّاً ، وتعلّق في الفرق بفصل التهمة ، وكنت أودّ لو كان ذاك مذهباً

لأصحابنا . وقد قدمنا رمزاً إلى مثله في الفرق بين العتق والطلاق .

٩١٩٩- ومما يتعلق بهذا أنه إذا أقرّ في المرض بطلاقها في الصحة ، فليس بفارٍ ، وإقراره مقبول ، ولو أقرّ في المرض بعتق نجّزه في الصحة ، فهو من رأس المال .

قال القاضي : يجوز أن يُخرَج في المسألتين قولٌ آخر أنه يكون فاراً ، والعتق من الثلث . وأقرب مأخذٍ لهذا أن المريض في حالة حجرٍ ، والمحجور عليه إذا أقرّ وأسند إقراره إلى حالة الإطلاق ، ففي قبول إقراره في الحال قولان ، كالمفلس يقرّ بعد اطراد الحجر عليه بدين [فيما مضى]^(١) زعم التزامه في حالة الإطلاق ، فهل يزاحم المقرّ له سائر الغرماء ؟ فعلى قولين ، قدمنا ذكرهما .

ولو أبان في مرض الموت امرأته الأمة ، فعَتَقَتْ أو امرأته الذّمية ، فأسلمت ، أو كان الزوج عبداً ، فطلق ثم عتق ، فالذي قطع به الأئمة أنه لا يكون فاراً في هذه المسائل ؛ لأنه لم يكن متعرضاً للتهمة حالة الطلاق ؛ فإن السبب المورث لم يكن ثابتاً في ذلك الوقت ، فإن طرأ سببٌ ، فذلك لا حكم له .

وقد يتطرق إلى ما ذكرناه نظراً مأخوذ من إقرار الرجل لعمه وله أولادٌ ذكور ، فإذا جرى الإقرار في مرض الموت ، ثم اتفق موت الأولاد ومصير العم وارثاً ، والتفريع على أن الإقرار للوارث مردود ، فهل يُردُّ الإقرار في هذه الصّورة ؟ فعلى قولين ، وكذلك لو فرض / الأمر على عكس ذلك ، وقدّر المقرّ له وارثاً لو فرض موت المقرّ ، ٧٩ش ثم حدث حاجبٌ ، ففي [قبول]^(٢) الإقرار قولان .

فلو قال قائل : إذا جرى الطلاق ، ثم أفضى الأمر إلى الورثة ، فيخرج كون المطلق فاراً على ما ذكرناه من القولين في اعتبار الحال أو المال ، لم يكن ذلك بعيداً .

والضابط في الباب أن الوصية يُرعى فيها المال حتى لو أوصى لأجنبيّة ، ثم نكحها ، فالوصية مردودة ، ولهذا لم نفرق بين وصية الصحيح وبين وصية المريض ؛

(١) عبارة الأصل : مضى فيما زعم .

(٢) في الأصل : « قبوله » والمثبت تصرف منا .

فإن محل الوصية في حق الكافة بعد الموت ، والإقرار تنجيز التبرع في المرض ؛ [فخرج] ^(١) على قولين في اعتبار الحال والمآل .

ولو أقرّ لأجنبية في مرضه ، ثم نكحها ، فهل نجعل ذلك إقراراً لوأرث ؟ فعلى طريقين : منهم من قطع بقبول الإقرار ، ومنهم من جعل المسألة على قولين ، على الأصل الممهد .

٩٢٠٠- ولو نكح ذمي ذمية ، ثم أسلم الزوج في مرض الموت ، وأصرت المرأة ، وأفضى اختلاف الدين إلى انقطاع [التوارث] ^(٢) ، فلا يكون الزوج فاراً إجماعاً ؛ لأنّ الزوج أدّى مفروضاً عليه ، ثم لا يتطرق التهمة إليه في قصد الحرمان ، وكذلك لو فسّخ النكاح بعيب ، فلا يُجعل فاراً ؛ لأنه استوفى حقاً مستحقاً له ، فلم يُحمل ما جرى منه على قصد الحرمان .

ولو ارتدّ الزوج ، فانبثّ النكاح ، ثم عاد ، فهل نجعله فاراً ؟ فعلى وجهين : ذكرهما العراقيون : أحدهما - أنا لا نجعله فاراً ، لأنه لا يظن به أن يبذل دينه لقصد الفرار ، مع تمكنه من الطلاق .

والثاني - أنه فارّ ، ولا يُمهد له عذر .

والمرأة لو ارتدت يجري الوجهان فيها ، والأصح انقطاع ميراث الزوج عنها ؛ فإننا وإن كنّا نطرد معنى التهمة ، فلا ينبغي أن نبعد عن مورد الأثر ، وهذا وارد في الطلاق والطلاق مثبت لرفع النكاح ، والردة ليست تصرفاً في النكاح .

٩٢٠١- وإن لاعن الزوج ، نظرنا : فإن لم يكن ثمّ نسب ، وكانت لا تطلب اللعان ، فقد قيل : إنّه فارّ ، كما لو أبانها بالطلاق ، ولو كان ثمّ نسب متعرّض للشبوت ، ففناه باللعان ، أو طلبت اللعان ، [ولو لم] ^(٣) يلتعن ، لعوقب على ما صدر منه من قذف ، فلا يكون فاراً .

(١) في الأصل : يخرج . والمثبت اختيار منا .

(٢) في الأصل « النكاح » .

(٣) في الأصل : « ولم » والمثبت من صفوة المذهب : جزء (٥) ورقة (٢٢) شمال .

وفي كلام الأئمة رمزٌ إلى أن اللعان لا يكون فراراً ، وإن لم يكن ثمَّ نسبٌ ولا طلب ؛ فإن التهمة بعيدة مع ما في اللعان من التعرض للشبهة والخزي ، والطلاقُ ممكن دون ذلك .

٩٢٠٢- ثم إذا طلق الزوج زوجته وأبانها ، فالقولان في توريثها منه لو مات ، فأما إذا اتفق موت المبتوتة ، فلا خلاف أن الزوج لا يرثها ، والسبب فيه أنه المطلقُ المؤثرُ للقطع ، وإذا كنا نقول : الطلاق إذا كان صادراً عن سؤالها ، فينقطع ميراثها ، فلأن ينقطع ميراث الزوج وهو المنشئ للطلاق أولى وأحرى .

* * *

باب الشك في الطلاق

٩٢٠٣- صدر الشافعي الباب بحديث لرسول الله صلى الله عليه وسلم ورد في الشك ي ٨٠ في الحدث ، وذلك أنه/ قال : « إن الشيطان ليأتي أحدكم بين إتيته في الصلّة ، فلا ينصرفنّ حتى يسمع صوتاً أو يشمّ ريحاً »^(١) فأمر صلى الله عليه وسلم عليه بالبناء على اليقين وطرح الشك ، فاتبع الشافعي هذا الحديث ، واتخذ أسوته في الشكوك الطارئة على محالّ اليقين ، وأراد أن يبيّن مسائل الشك في الطلاق على هذا الحديث ، وإنما استدلّ بهذا الحديث في صدر باب الطلاق لسبب وهو أن مالكاً^(٢) رضي الله عنه قال : « إن شك في عدد الطلاق أخذ بالأكثر » ؛ بناء على أصل له ، وهو أن الأصل المطرد إذا حدث فيه أصل آخر ، فالتمسك عنده بالأصل الثاني ، ولذلك يقول : لو شك في الحدث قبل الشروع في الصلّة ، لم يبن على يقين الطهارة ، لأنه الآن متيقّن عدم انعقاد الصلّة ، فإذا عقدها ، فهو على شك في الانعقاد ، وإذا شك في الحدث بعد الشروع في الصلّة ، لم يخرج منها بما طرأ له من الشك ؛ لأن الأصل انعقادها . هذا أصله ، فلم يُرد الشافعي أن يتمسك بمحلّ [مناقضة ، وجعل]^(٣) ما يسلمه معتبره ؛ فإنه لا يستنبط المعنى إلا من محالّ الإجماع ، ولم يثق بإجماع ، فاتخذ الحديث مستنده في قاعدة طريان الشك على الأصل ، ثم بنى عليه الكلام واتسع في الكلام .

٩٢٠٤- والمسلك الضابط في طريان الشكوك على الأصول لا يبين إلا بأن نذكر

(١) حديث : « إن الشيطان ليأتي أحدكم . . . » إلخ . أصل هذا الحديث متفق عليه : البخاري ، ح ١٣٧ ، ١٧٧ ، ٢٠٥٦ ، وعند مسلم ، ح ٣٦١ ، ٣٦٢ ، وبهذا اللفظ ذكره البيهقي في الخلافيات عن الربيع عن الشافعي ، والمزني في المختصر عن الشافعي ، ورواه البزار بلفظ قريب (مختصر زوائد البزار ، ح ١٧١ ، والبيهقي في السنن الكبرى بمعناه : ١/ ١٦١ ، وكذا الحاكم : ١/ ١٣٤ وانظر : تلخيص الحبير : ١/ ٢٢٢ ح ١٧٠ ، ١٧١) .

(٢) ر . الإشراف ٢/ ٧٥٣ مسألة ١٣٧٠ ، عيون المجالس : ٣/ ١٢٤٦ مسألة ٨٧١ .

(٣) في الأصل : « مناقضته ويجعل » والمثبت من صفوة المذهب جزء (٥) ورقة : ٢٣ يمين .

عبارة الفقهاء ونُبدي ما فيها من الإشكال ، ثم نأتي بالمعتبر الموثوق .

فعبارة الفقهاء : « إن اليقين لا يترك بالشك » وهذا مختلٌ ؛ فإن الشك إذا طرأ ، فلا يقين . ثم إن حُمل هذا على ما مضى ، وقيل : معنى قول الفقهاء إن اليقين السابق لا يترك بالشك الطارئ ، فليس هذا على هذا الإطلاق ، ولكن القول في ذلك ينقسم ، فإن طرأ الشك وأمكن الاجتهاد ، تنوع الكلام ، فقد يتمهد مسلك الاجتهاد بالمتعلقات الواضحة ، كمسائل الاجتهاد في الطلاق التي اختلف العلماء فيها ، وصار صائرون إلى أن الطلاق يقع ، وذهب آخرون إلى أنه لا يقع ، فالمتبع الاجتهاد ، ولا حكم للنكاح السابق وما تقدم من استيقان انعقاده .

وإن جرى الاجتهاد وخفيت العلامة ، فإن دعت الضرورة إليه ، وجب التمسك به ، وهذا كما إذا كان مع الرجل إناءان أحدهما طاهر والآخر نجس ، فلا سبيل إلا ترك المائين ، أو الاجتهاد في الأخذ بأحدهما ، ولا سبيل إلى الترك ، فتعين الاجتهاد . وإن كان مع الرجل إناء واحد وفيه ماء ، [فشك]^(١) في طريان النجاسة عليه ، وغلبت عنده علاماتها ، فهل يأخذ بالاجتهاد ، وعلامات النجاسة خفية ، وقد أدرك خفاءها من أحاط بأبواب النجاسات . وإذا رقت^(٢) العلامات إلى الظهور ، وقعت في اليقين ، فلا جرم اختلف القول في أنه هل يجب التمسك بالعلامات ، أو يستصحب اليقين السابق ، وهذا هو استصحاب الحال الذي يخوض فيه الأصوليون .

وإن انحسم الاجتهاد ، وطرأ الشك ، فعند ذلك يرى / الشافعي أن يستمسك باليقين ٨٠ش السابق ، ولا يقيم للشك وزناً ، وسببه من طريق المعنى أن الشك يتعلق بمعتقدين متعارضين ليس أحدهما أولى من الثاني ، ولا يخلو - في غالب الأمر - المرء عن الشك ، سيما إذا بُلي بأطراف الوسوسة ، فرأى الشافعي التمسك باليقين المستصحب أولى ، واعتضد فيما رآه بحديث المصطفى صلى الله عليه وسلم .

وهذا تأسيس الباب . ونحن نقول بعده :

٩٢٠٥- مَنْ شك في الطلاق ، فالأصل بقاء النكاح ، وله الأخذ بحكم استصحابه ،

(١) في الأصل : فشكه .

(٢) رقت العلامات إلى الظهور : أي سَمَتْ وارتفعت ، من الفعل رقا يرقو رَقَوّاً (المعجم) .

ولا يخفى الورع والأخذ به على أصحابه ، ولو علم الطلاق ، وشك في العدد ، فالواقع القدر المستيقن ، والمشكوك فيه لا يقع في الظاهر المحكوم به .

وكذلك العتق وما في معناهما . وعلى هذا بنى الشافعي الشك في أعداد ركعات الصلّة .

٩٢٠٦- ثم إذا تمهّد أصل الباب ، فنذكر صوراً تجرّ شكوكاً منها : أنه لو طار طائر ، فقال الزوج : إن كان هذا غراباً ، فامرأتي طالق ، ولم يتبين له حقيقة الحال ، فلا يقع الطلاق ؛ لاحتمال أنه لم يكن غراباً ، وكذلك لو قال : إن كان غراباً ، فامرأتي طالق ، وإن كان حماماً ، فعبدي حرّ ، فلا نحكم بالطلاق ولا بالعتاق ، فإن الطائر قد يكون جنساً ثالثاً .

ولو قال : إن كان غراباً فعمرة طالق ، وإن لم يكن غراباً ، فزنب طالق ، فتطلق إحداهما ؛ فإن الطائر إما أن يكون غراباً أو لا يكون غراباً ، فقد وقعت طلقاً مبهماً بين زوجتيه ، وسيأتي هذا الأصل في الباب ، فهو المقصود .

ولو صدر هذان القولان من رجلين : قال أحدهما : إن كان غراباً ، فامرأتي طالق ، وقال الآخر : إن لم يكن غراباً ، فامرأتي طالق ، فلا نحكم عند إشكال الأمر بوقوع الطلاق على زوجة واحد منهما ، بخلاف ما لو اتحد الحالف وتعّد المحلوف بطلاقه ، والفرق أن الحالف إذا اتحد ، فقد تعين الحاث ، وأمكن توجيه الخطاب عليه بربط بعض أمره ببعض ، وحمله على مقتضى وقوع الالتباس ، وإذا تعدّد الرجلان ، امتنع الجمع بينهما في توجيه خطاب ، ومعلوم أن أحدهما لو انفرد بمقالته ، لما حكمنا بوقوع الطلاق على زوجته ، فإذا ذكر صاحبه شيئاً ، استحال أن يتغيّر حكمنا على زيد بسبب مقالة صدرت من عمرو ، فيتعذر المؤاخذه إذا .

وهذا قد يناظر ما إذا سمعنا صوت حدث بين رجلين ، ثم قام كل واحد منهما واستفتح الصلّة ، فلا معترض على واحد منهما ؛ فإن كل واحد يورّك^(١) بالذنب على

(١) يورّك بالذنب على صاحبه : أي يحمله عليه ويحمّله إياه . يقال : ورّك فلان ذنبه على غيره توريكاً إذا أضافه إليه وقرنه به (اللسان والأساس) .

صاحبه . نعم ، إذا أراد أحدهما أن يقتدي بالآخر ، لم يجد إلى ذلك سبيلاً ، والإمام لا معترض عليه ؛ فإنه في حكم المنفرد .

وبمثله لو تيقن الرجل - وقد صلى صلاة الصبح وصلاة الظهر - أنه كان محدثاً في إحداهما ، والتبس [الأمر]^(١) عليه ، فلم يدر الصلاة التي كان محدثاً فيها ، فنأمره بقضاء الصَّلَاتين جميعاً ؛ فإن المحكوم/ عليه واحد ، ولا يمتنع توجيه الخطاب عليه ^{٨١}ي بمؤاخذه تتعلق بواقعتين ، ثم سبيل الاستدراك قضاء الصَّلَاتين .

وفي مسألة الطلاق إذا اتحد الزوج واستبهم الأمر ، فالطلاق يقع على إحداهما .

ولو فرضنا كلام الرجلين في العتاق ، لكان على هذا النسق ، فإذا قال زيد : إن كان الطائر غراباً ، فعبدي حر ، وقال عمرو إن لم يكن غراباً ، فعبدي حرّ ، فلا نحكم بالعتق في واحد منهما ؛ بناء على الأصل الذي قدمناه في الطلاق في مثل هذه الصورة .

٩٢٠٧- ولكن مما يجب التنبه له أنا وإن لم نحكم في حق واحدٍ منهما بحصول الطلاق والعتاق ، فإننا نقول : إحداهما طالق ، وأحد العبدین حرٌّ في علم الله ، وإن كنا لا نطلع على ذلك ، فقد يظهر أثر ما ذكرناه بمسألة تتصور في العتاق دون الطلاق ، وهي أنه إذا جرى التعليق من مالكي العبدین على حسب ما ذكرناه ، فلا نحكم بالعتق في واحدٍ من العبدین ؛ لاشتباه المحكوم عليه ، غير أن أحد العبدین لو صار إلى المالك الثاني بشراء ، أو بجهة من جهات الملك ، فإذا ملكه ، فلا بد من الحكم بالعتق في أحد العبدین ؛ فإنه اتحد المخاطب الآن ، ثم سبيل التفصيل فيه أنه إن لم يكن قال شيئاً سوى ما تقدم من التعليق ، فنقول : أحد العبدین في يدك حرّ ، فعين أحدهما ، [والبحث]^(٢) عن سبيل البيان .

وبالجملة تصوير الصورة كما لو قال ابتداء : إن لم يكن غراباً ، فسالم حرّ ، وإن كان غراباً ، فغانم حرّ .

(١) زيادة من المحقق .

(٢) في الأصل : والحث .

وإن كان قد قال : ما حثتُ في يميني ، فكما^(١) ملك عبد صاحبه ، حُكِم بحريته عليه ؛ لأنه إذا نفى الحث عن نفسه ، فلا بدّ وأن يكون صاحبه حائثاً ، ومن أقر بحرية عبد لغيره ، ولم يصدّق عليه ، ثم اشتراه ، فيؤاخذ بحكم قوله ، ويُقضى بعقده .

ثم في هذه الصورة التي انتهينا إلينا ليس له أن يرجع بالثمن على صاحبه ؛ لأنه إنما عتق بحكم إقراره وإقراره مردود على البائع ، وصاحبه مكذّب له . فهذا أصل الباب .

٩٢٠٨- ثم ذكر الشافعي بعد هذا حثاً واقعاً من رجل مردداً بين الطلاق والعتاق ، وأنا أرى من الرأي أن أذكر التردد في طلاق زوجتين أو زوجات ، وأعتبر [به]^(٢) التردد في العتاق ، ثم أبني عليه تردداً بحث بين الطلاق والعتاق .

فصل في

قال : « ولو قال : إحدكما طالق ثلاثاً منع منهما . . . إلى آخره »^(٣) .

٩٢٠٩- إذا قال لامرأتين تحته : إحدكما طالق ثلاثاً ، فلا يخلو إما أن ينوي إحداهما بالقلب ، أو يُطلق إطلاقاً ، ولا ينوي عند إطلاقه اللفظ واحدةً منهما بعينها : فإن نوى بقلبه واحدةً منهما ، فهي الطالق في حكم الله ، ولكن الأمر مبهم ، وهو محبوس عنهما ، مأمور بالإنفاق عليهما ؛ لأنهما في حبسه ، وإن كانت إحداهما مطلقة ثلاثاً ، فيطالب بالبيان ، ويقال له : بين المطلقة عندك .

ثم قال الأصحاب : الطلاق يقع باللفظ السابق ، فلا يتأخر وقوعه إلى البيان/ الذي ش ٨١ يطالب به ، والعدة تحسب من يوم اللفظ على ظاهر المذهب ، وخُرج قول آخر : إن العدة محسوبة من يوم البيان .

وبنى الأصحاب هذين القولين الظاهر والمخرّج على القولين في أن المستفرشة

(١) فكما : أي عندما .

(٢) زيادة لا يستقيم الكلام بدونها ، وهي موجودة في صفوة المذهب . ومعنى « وأعتبر به التردد في العتاق » : أي أقيس به التردد في العتاق .

(٣) ر . المختصر : ٨٥ / ٤ .

بالنكاح الفاسد إذا فرقنا بينها وبين الواطئ بالشبهة ، فالعدة من آخر وطأة أو من وقت التفريق بينهما ، ووجه التشبيه أن الأمر ملتبس ، فاختلف القول في تاريخ ابتداء العدة ، كذلك إذا لم يُبين ، فالأمر ملتبس في ظاهر الأمر مع كل واحدة ، فإذا فرض البيان ، كان هذا كالتفريق .

وهذا غير سديد ، والأصح في استبهام الطلاق [الاعتداد]^(١) بالعدة من وقت اللفظ ، والسبب فيه أن استرسال الواطئ بالشبهة على المرأة ينافي صورة الانعزال الذي تتصف به المعتدة ، فنشأ القولان من ذلك ، وليس كذلك استبهام الطلاق ؛ فإن الحيلولة ناجزة ، وقد فرقنا بين الزوج وبينها ، والنية مقترنة باللفظة ، فالوجه تأريخ ابتداء العدة باللفظ .

ثم مما يتعلق بهذا القسم أن قوله : « إحدكما » غير صالح للتعين في وضع اللسان ، ولكنه صالح لكل واحدة منهما ، فإذا انضمت النية إلى اللفظ المبهم ، صار اللفظ معها كالنص في التعيين ، وهذا كالكنائيات ؛ فإنها في نفسها صالحة لجهات من الاحتمالات ، ثم يتعين الطلاق بالنية ، كذلك القول المبهم المتردد بين الزوجين يتعين بالنية ، ويختص بإحداهما .

٩٢١٠- ومما يجب ذكره أن اعتقاد ضرب الحيلولة بينه وبينهما صحيح ، أطلقه الأصحاب ، وحكموا به ، كما ذكرناه ، فليس [له]^(٢) أن يُقدم على [وطء]^(٣) واحدة ما لم يقدم بيانا .

وهذا فيه فضل نظرٍ عندي ؛ فإنه إذا كان يعرف المطلقة منهما باطناً ، وإليه الرجوع ، وإذا قال صدق ، وإن اتهم حلف ، فإذا أقدم على إحداهما ، فما الوجه في سبب منعه ؟ نعم ، هو ممنوعٌ من غشيانها جميعاً ، فأما إذا غشي إحداهما ، فما سبب المنع والحالة كما وصفناها ؟ قلنا : هذا محل التثبت ، وإن كان ظاهراً عند المتأملين .

(١) في الأصل : الاعتقاد .

(٢) زيادة رعاية للسياق .

(٣) زيادة من معنى كلام ابن أبي عصرون في اختصاره (صفة المذهب) .

فنقول : إذا قال الرجل لامرأته : إحدكما طالق ، ولم يشعر بهذا القول أحد ، ونوى إحداهما ، وكانت متعينة ، فإذا لم ترفع الواقعة إلى القاضي ، فالمطلقة في حكم الله هي المنوية ، ولا يجب حبسٌ ووقفٌ ، وهو يقدم على استحلال المستحلّة عنده وعند الله تعالى .

وإنما مسألة الوقف فيها إذا ظهرت هذه الواقعة لمن إليه الحكم ، فيقول : قد طلقت يا رجل وأبهمت ، فحق عليّ ألا أتركك تختلط بهما كما كنت تفعل من قبل ، ولست أجعل إقدامك على غشيان إحداهما بياناً ، ولو رأيتك تغشاها ، لم أتبين أنها المنكوحه ؛ فإن الوطء لا يُعيّن إذا كنت نويت المطلقة لمّا أطلقت اللفظ ، فقد تطوقت عهدة في/ الشرع ؛ إذ علمت وقوع الطلاق ، وأشكل علي الأمر ، ففصل ، ثم أقدم ، ^{٨٢ ي} فإذا قال : أيها القاضي عنيت بالطلاق هذه ، فالقاضي يرجع إلى قوله ، ويزول الاستبهام ، وبيانه وإن استأخر بمثابة اقتران البيان بلفظه .

فإن سكنت الموطوءة ، أضرب القاضي [عنه]^(١) وقد تعينت المطلقة ، وإن خاصمت تلك ، قال القاضي : انكف عنها ، حتى تنفصل الخصومة بينكما ، كما سنبين فصل الخصومة .

فهذا سرّ القول في الحبس الذي ذكره الأصحاب .

وقد يخطر للفظن أن المرأة إذا لم تخاصم ، وقال القاضي : أبهمت الطلاق ، فاحلف بالله أنك عنيت بالطلاق من أبهمتها ، فلست أرى للقاضي هذا ؛ فإن الرجوع إلى الزوج في هذا ، وإنما يثبت التحليف لذاتِ حظ ، وهي المرأة ، ونحن إذا قلنا : يحلف من يؤدي الزكاة ، فرأينا المقطوع فيه أنه استحبابٌ ، ثم ذاك محض حق الله ، والغالب في الطلاق والنكاح طلب الحفظ .

٩٢١١- ومما أطلقه الأصحاب في ذلك - ولا بدّ فيه من مزيد كشفٍ - أنهم قالوا : إذا حبسناه عنهما [أو خلّينا]^(٢) بينه وبينهما ، فيجب عليه أن ينفق عليهما ، ويُدرّ

(١) زيادة لإيضاح الكلام ، وفي صفوة المذهب : « كف القاضي عنه » .

(٢) في الأصل : وخلصنا .

عليهما من حقوق النكاح ، ما كان يُدرّه قبل الإشكال الواقع ، وهذا متفق عليه ، ثم إذا [بيّن]^(١) ، فلا يسترد النفقة المصروفة إلى المطلقة .

وهذا من النادر ؛ فإنه أنفق على مطلقة ثلاثاً ، وقد تكون غير مدخول بها - حتى لا يرتبط الفكر بالعدّة - والسبب فيه أنها كانت محبوسة حبس الزوجات ، وقد يظن الظان أن النفقة إنما لا تستردّ لامتناع الزوج نكداً^(٢) عن التعيين مع تمكنه منه .

وهذا يرد عليه ما إذا لم يكن الزوج متمكناً من البيان ، وذلك بأن يقول : إن كان الطائر غراباً ، فزئب طالق ، وإن لم يكن غراباً ، فعمرة طالق ، ثم حلق الطائر ومزّ ، وأيس من درك جنسه ، فلا تواني من الزوج ، وقد يقال : [هو]^(٣) الذي ورط نفسه وزوجته في الإبهام ، فيردّ عليه [ما لو]^(٤) طلق إحدى امرأتيه ، ثم التبست المطلقة عليه بغير المطلقة ، ولا مبالاة بالصور ؛ فإن المخطيء في التزام الكفارة وحرمان الميراث ملحق بالعامد في وضع الشرع ، وإن كنا نستبق إلى فهم التكفير من الكفارة ومضادة المقصود بالحرمان .

٩٢١٢- ومما يتعلق بتأصيل المقصود في الفصل أن الزوج إذا أبهم الطلاق ، فحتم عليه أن يبيّن ولا يترك الأمر مبهماً ، ولو امتنع عن البيان وتركهما معلقتين ، عصي ربه ، وقد قدّمنا في نكاح الشركات أنه يتعين عليه اختيار أربع إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة ، وذلك مبني على ضرب من التروّي ، ثم [لم]^(٥) نَعُذْرُهُ في التأخير ، وهاهنا المطلقة بينة عنده ، فيتعين عليه إزالة الإبهام ، وإن ادّعى إشكال الأمر عليه ، فسوضح ذلك في فصل الخصومات ، إن شاء الله .

(١) في الأصل : تبين .

(٢) نكداً . كذا بهذا الرسم تماماً ، ومعناها - كما هو مفهوم من السياق - عناداً ، ولم أصل إلى هذا المعنى في المعاجم المعروفة (اللسان - القاموس - الأساس - المصباح - المختار - الوسيط - النهاية في غريب الحديث) .

(٣) في الأصل : هذا .

(٤) زيادة اقتضاها السياق . وعبرة الأصل : « فيرد عليه أنه طلق إحدى امرأتيه » .

(٥) زيادة من المحقق .

٩٢١٣- ووجه الرأي عندنا أن نذكر ما يتعلق/ بالمسألة من فقه ونظر إلى قضية لفظية ، ثم نختم الفصل بالخصومة وسبيل فصلها ، ونحن الآن فيه .

إذا أجمل طلبةً وبين بقلبه المطلقة ، فنستتم هذا الفصل قائلين : إذا طلبنا المبهم بالبيان ، وكان أجمل طلبةً بين امرأتين ، فقال لَمَّا أخذناه بالبيان ، وكان أجمل طلبةً : هي هذه أو هذه ، فنقول : ما زدتنا بياناً ، والذي أتيت به عبارة عن الإشكال ، ولا نجعل قوله هذا تعييناً ؛ فإن الكلام بآخره . وإن قال : أردتُ هذه وهذه ، فقد أقر فيهما بالطلاق ، فحكمنا بوقوع الطلاق عليهما بإقراره .

وإن قال : هذه بل هذه ، تعينت الأولى بصذر كلامه ، ثم أراد أن يرجع عنه بقوله بل هذه ، فلم يُقبل رجوعه في حق الأولى ، وثبت إقراره في حق الثانية .

وإن قال : « هذه هذه » إن أشار بهذه الكلمة إلى إحداهما ، وكرّر الكلمة في خطابها ، فهي المتعينة ، وإن واجه إحداهما فقال : أردت هذه ، ثم واجه الأخرى على الاتصال ، وقال : هذه ، حكمنا بوقوع الطلاق عليهما ، كما لو قال : أردت هذه وهذه .

فلو قال : أردت هذه ثم هذه ، قال القاضي : يتعين الأولى ولا تطلق الثانية ، لأن كلمة ثم تقتضي التأخير والتراخي ، فقد أثبت في الثانية على حكم الإخبار طلاقاً واقعاً على موجب التراخي ، وهو إنما طلق واحدة لا غير ، ولم يسبق منه طلاقٌ يُحمّل على ترتيب .

وهذا كلام مختل ؛ فإن قوله : « ثم هذه » اعترافٌ بالطلاق فيهما ، فليثبت وليفسد ما جاء به من اقتضاء التأخير أو الترتيب ، والدليل عليه أنه لو قال : أردت هذه وهذه ، حكمنا بوقوع الطلاق عليهما ، وإن لم يكن في لفظه ما يوجب وقوع الطلاق عليهما .

٩٢١٤- ولو قال الرجل لامرأته : إحداكما طالق ، ونوى طلاقهما ، فالوجه عندنا أنهما لا تطلقان جمعاً ، وقد ذكرنا تردداً فيه إذا قال لامرأته : أنت طالق واحدة وزعم أنه نوى ثلاثاً ، وتلك المسألة قد يتطرق [إليها]^(١) تأويل ، أمّا حمل إحدى المرأتين

عليهما ، فلا وجه له ، وإيقاع الطلاق بمجرد النية لا سبيل إليه . ومع هذا إذا قال في التفسير : أردت هذه وهذه ، وقع الحكم بوقوع الطلاق عليهما ، وإن كان الإقرار لا يوقع الطلاق ، وليس إقراره مرسلاً فيحمل على طلاق ماضٍ ، ولكنه أحاله على اللفظ الذي أبهمه لما راجعناه مستفسرين ، ثم هذا الحكم يقع ظاهراً ، وسببه أن كل امرأة حكمها متميز عن حكم صَرتَها ، وقد ثبت في حق كل واحدة إقرار ، فجرى الحكم في حقهما بالطلاق ، وإذا كنا لا نُبعد هذا ، فلا فقه في التمسك بما في « ثُمَّ » من التأخير .

ويتفرع على ما ذكرناه أنه لو قال : أردت هذه بعد هذه ، فقياس قول القاضي أن الثانية تطلق ؛ فإنها وإن ذكرت آخرأ ، فهي مقدّمة في المعنى ؛ إذ قال : « بعد هذه » والتي أشار/ إليها أولاً لا تطلق ؛ فإنها المؤخّرة في المعنى .
وهذا بعيد .

ولو قال : هذه قبل هذه ، فالأولى تطلق ، ولا تطلق الثانية على قياس القاضي ، وهما طالقتان على المسلك الحق .

وسنكثّر المسائل والصّور بعد ذلك لتدريب المبتدئين ، ولا نعيد في كل صورة « أردت » وإن كنا نريده ، ونقتصر على إطلاق « هذه » وما يتصل به من صلاتٍ .

٩٢١٥- فلو كان تحته ثلاث نسوة ، وقد أبهم بينهنّ طلاقة ، فلمّا راجعناه أحبس واحدة منهن وحدها ، وأحبس اثنتين مجتمعتين ، ثم أشار إلى الاثنتين مثلاً ، وقال : هذه وهذه ، ثم وقف وقال : أو هذه . قال الأصحاب : الطلاق مردّد بين الثالثة الفردة ، وبين الأوليين المجتمعتين ، وعلى الزوج بيان ، فإن بيّن في الثالثة ، تعينت ، وتعينت الأوليان للزوجية . هذا مقتضى اللفظ .

وإن عين الأوليين للطلاق ، وقع الحكم بطلاقهما ، وتعينت الثالثة للزوجية ، ولو عيّن من الأوليين إحداهما ، طلقت صاحبتهما المجتمععة معها ؛ فإنه قال أولاً : هذه وهذه مشيراً إليهما ، والواو عاطفة مشرّكة ، فلا يفترقان .

وحاصل كلامه ترديد الطلاق بين واحدة فردةٍ إن طلقت ، تعينت ثنتان للزوجية ،

وبين زوجتين تجتمعان في الطلاق وإذا تعينتا له ، تعينت الثالثة الفردة للزوجية . وهذا بين .

ويمثله لو أشار إلى الفردة أولاً وقال : أردت هذه أو هذه وهذه ، فالجواب كما مضى ، ولا يختلف موجب اللفظ ومأخذه بتقديم الواحدة أو تأخيرها .

وما ذكرناه فيه إذا جعل الثلاث حزبين واحدةً واثنين ، ثم أشار على الصيغة التي قدّمناها ، وفصل بين الحزب والحزب بوقف^(١) ، [فلو] جرى على سرد الكلام واطراده ، وقال : أردت هذه أو هذه وهذه ، ولم يفصل بين الواحدة واثنين بوقف في الكلام وسكتة ولا بنغمة تدلّ على التقطيع ، بل قال مرسلًا : هذه أو هذه وهذه ، فإذا جرى الكلام سرداً ، احتمل أن تكون الثالثة معطوفةً على الأولى مضمومةً إليها ، واحتمل أن تكون مضمومةً إلى الثانية ، فلا بدّ من المراجعة . فإن زعم أنه أراد عطف الثالثة على الثانية ، فالثانية والثالثة حزب والأولى حزب ، ورجع التفصيل إلى ما إذا أشار إلى واحدة وقال : هذه ، ثم فصل عنها اثنتين ، وقال : أو هذه وهذه .

فإن زعم أن الثالثة مضمومة إلى الأولى معطوفة عليها ، فالأولى [والثالثة]^(٢) حزب [والثانية]^(٣) حزب والكلام في ترديد اللفظ ، كما مضى حرفاً حرفاً .

ولو اتّسق الكلام من غير فصل بوقف ونغمة ، وقال : هذه وهذه أو هذه ، فيحتمل أن تكون الثالثة مضمومةً إلى الثانية دون الأولى ، ولو كان كذلك ، طلقت ش^{٨٣} الأولى وإحدى الآخرين من الثانية و/ الثالثة ، ويحتمل أن تكون الثالثة مضمومةً إليها^(٤) فتكون الأولى والثانية حزباً والثالثة حزباً ، والجواب لو كان كذلك : فالرجوع إلى نيته في محالّ الاحتمال ؛ فنقول : أبهم الطلاق بين فردة وهي الثالثة وبين اثنتين وهما الأولى والثانية فتطلق الثالثة وحدها أو الآخرين جمعاً ، كما قدّمنا نظائر ذلك ، فيؤخذ بالبيان ، كما مضى .

(١) في الأصل : فله .

(٢) في الأصل : « والثانية » وهو مناقض للسياق .

(٣) في الأصل : « والثالثة » وهو مخالف للسياق .

(٤) إليها : أي إلى الأولى .

٩٢١٦- ولو كنّ أربعاً ، فأبهم بينهن طلاقاً ، ثم قال : هذه أو هذه أو هذه أو هذه ، فما زاد بياناً ، وإن قال : هذه وهذه وهذه وهذه ، فقد أقر في الكل بالطلاق ، وكذلك لو قال : هذه بل هذه بل هذه ، فكل استدراك إقراراً مبتوت في محل الاستدراك ، وما فيه من الرجوع مردود . ثم إن قسم الأربع ، فيتصور في تقسيمهن تحزيبات وتفرقات أكثر المتكلفون الصور فيها . ومن أحاط بمأخذ الكلام فيما قدمناه ، هان عليه مُدرك الجميع ، ولو كنتُ أرى فيها إشكالاً ، لم أتبرم بتكثير الصور .

٩٢١٧- والذي يجب اختتام الكلام به أنا ذكرنا في أثناء المسائل : الوقفة والنغمة ، ويجب أن يكون عنهما بحث ؛ فإننا بنينا هذا المجموع على التعرض لأمثال ذلك ، فنفرض صورةً واحدةً ، ونعيد فيها حكم الوقفة والنغمة ، فإذا كنّ ثلاثاً فحزبهنّ حزبين ، ثم قال : هذه وأشار إلى الفردة ، ثم أقبل على المجتمعتين ، وقال : أو هذه وهذه ، فقد ذكرنا أن تفصيل الكلام يخالف سردَ الكلام وطردَه ؛ إذ ذكرنا في السرد احتمالين ، وذكرنا في التفصيل احتمالاً واحداً ، ثم الذي ذكره القاضي أنا نفصل بالوقفة والنغمة ، أما الوقفة ، فهي أن يقول : « هذه » قال القاضي : ثم يقف لحظة ، ويقول : مشيراً إلى الثنتين : أو هذه وهذه ، فذكر الوقفة وقيدَها باللحظة .

وأول ما يجب فهمه في ذلك أن المبيّن يقول : أردت هذه ، ويشير إلى واحدة مثلاً ، فإن أطل الوقوف حتى انتهى إلى الانقطاع ، ثم قال : أو هذه وهذه ، طلقت الأولى ، ولغا قوله : « أو هذه وهذه » ؛ فإن هذا كلام لا استقلال له ، فقد انقطع نظم الكلام بطول الفصل ، فلم يرد القاضي بالوقفة الوقفة الفاصلة القاطعة للنظم ، وإنما أراد وقفةً تدل على التفصيل مع انتظام الكلام ، ولهذا قرّب الوقفة باللحظة ، ثم عاد فقربها بالنغمة ، وتلك النغمة لا تبين بالكتابة^(١) ومراسم الخط ، ولكن يفهم الفطن معناها ووجه إفضاؤها إلى إفادة الفصل والإشارة إلى التحزيب .

٩٢١٨- وفي هذا فضلٌ نظرٍ على المتأمل ، فإن ما ذكره ليس تعلقاً بالألفاظ ، وإنما

(١) الكِتبة بكسر الكاف : مصدر كتب يكتب . (المصباح) .

هو من قبيل القرائن ، والعملُ بالقرائن - وإن كانت دالةً في مجاري التخاطب - بعيدٌ عن مذهب الشافعي ، فإنه لا يعول على القرائن في إلحاق الكنايات بالصرائح ، وهذا الذي ذكرته/ تنبيهٌ على الإشكال ، وإلا فالحق المبتوت الذي لا يجوز غيره ما ذكرناه ^{٨٤ ي} من التعلق بدلالة الوقف ، ونعتبر النعمة .

والقرائنُ التي ينكرها الشافعي هي مثل سؤال المرأة الطلاق ، مع قول الرجل : أنت بائن في جوابها ، ومما أنكره الغضب ، فإن أبا حنيفة ^(١) جعل الغضب قرينةً على الطلاق عند التلفظ بالكناية ، والشافعي أبى هذا ؛ فإن السؤالَ حالَ المرأة ، والرجلُ قد يُسِف وقد يخالف ، والغضبان قد لا يطلق .

فالذي أنكره الشافعي هذه الضروب ، فأما أصل القرينة ، فلا ينكره ذو فهم ، والدليل عليه أن الرجل لو قال حاكياً : « أنت طالق » في درج كلام ، وكانت زوجته حاضرةً ، لم نقض بوقوع الطلاق ، وإن جرد قصده في مخاطبتها ، وقع الطلاق ، إذا لفظ الزوج بالصريح ، وصيغة الحكاية كصيغة الخطاب لا تتميز إحداهما عن الأخرى إلا بتحديثٍ أو نعمة مخصوصة ، أو وقفة تقطع المخاطبة بالطلاق عن [انثيال] ^(٢) الكلام ، ولو لم يقل القائل بهذه الضروب ، لما انتظم كلام ، [ولالتبس] ^(٣) ما يخاطب به بما يحكيه .

وهذه الضروب من القرائن تورث العلومَ الضرورية ، وعليها تُبْنَى صيغ الألفاظ في الأخبار ، والإقرار ، والإنشاء ، والأمر ، والنهي ، فوضح أن الذي أنكره الشافعي ما لا يُثبت العلم ويَبْقَى معه الترددُ واللفظ كنايةً في نفسه ، فأما ما يفيد العلم ، فقرائن الأحوال مع الألفاظ كقيود المقال .

٩٢١٩- وكل ما ذكرناه فيه إذا أبهم طلقاً ونوى واحدةً بعينها ، فأما إذا أوقع طلاقاً بين امرأتين أو نسوةٍ ولم يعين واحدةً منهنَّ بقلبه ، فيطالب بتعيين واحدة ، كما يطالب

(١) ر . الهداية مع فتح القدير : ٤٠١/٣ .

(٢) في الأصل : « أثناء » والمثبت تقدير من المحقق .

(٣) في الأصل : « ولا لنفس » وهو تصحيْفُ ألهمنا الله صوابه .

في القسم الأول بتبيين المنوية المعنية عند إطلاق اللفظ ، فالمطالبة في ذلك القسم بالتبيين ، وفي هذا القسم بالتعيين .

ثم إذا عَيِّن واحدةً ، فالطلاق يقع من وقت التعيين أو يستند إلى وقت التلفظ ؟ فعلى وجهين مشهورين : أحدهما - أنه يقع من وقت التعيين .
والثاني - أنه يقع من وقت اللفظ .

توجيه الوجهين : من قال : إنه يقع من وقت اللفظ ، احتج بأمور منها أنه جزم الطلاق ونجزه ؛ إذ قال : إحداكما طالق ، وليس في لفظه تعليق ، فلو أخرنا وقوع الطلاق إلى وقت التعيين ، لكان ذلك مخالفاً لمقتضى قوله ، وأيضاً ؛ فإن التعيين ؛ المتأخر ليس بياناً للكلام الأول ، وليس إنشاءً طلاق ، فإذا كان لا يتأتى منه أن يقول : « عنت بالطلاق هذه » على معنى الإخبار عما خطر له قبل [الطلاق] ^(١) ، [لم] ^(٢) يكن قوله عنت هذه طلاقاً ، والطلاق لا بعض له ، ويستحيل أن يصير التعيين مع اللفظ السابق بمثابة لفظ منتظم ؛ فإن اللفظ الواحد أو الجملة الواحدة لا تنقطع ، وقد تخلل بين/ الأول وبين هذا التعيين زمان ينقطع الوصل بمثله ، فلا وجه إلا استناد وقوع ٨٤ش الطلاق إلى اللفظ .

ومن قال : يقع الطلاق عند التعيين ، احتج بأن الزوج يعين أيتهما شاء عن خيرة وتشه ، ويستحيل وقوع الطلاق مبهماً من غير نزول على محلٍّ مخصوص ويستحيل بقاء الطلاق محووماً على محلٍّ إلى النزول عليه ، فلا وجه إلا المصير إلى أنه يقع عند التعيين .

٩٢٢٠- وأهم ما يجب الاعتناء به فهمُ هذا الخلاف وتنزيله على حقيقته ، ثم ابتداء التفريع وراء ذلك .

ذكر القاضي أن هذه المسألة بينها وبين الكلام في أن القسمة بيعٌ أو إفراز حق مشابهة ومضاهاة في المعنى ؛ فإن الشريكين في الدار المشتركة إذا اقتسماها ، فوقع

(١) في الأصل : « المسيس » ولعلها سبق قلم من الناسخ ، فلا معنى لها في هذا الموضع .

(٢) في الأصل : « ولم » .

بعض الأبنية في حصّة والبعض في حصّة ، فللشافعي قولان في حقيقة القسمة وماهيتها ، قال في أحد القولين : القسمة بيعٌ ، وكأن الذي وقع في حصته البيت الشرقي باع حصته من البيت الغربي الذي وقع في حصّة صاحبه بحصّة صاحبه من البيت الشرقي ، وإلا فالحقان كانا شائعين في البيتين ، وهذا القائل يقول : ثبت اختصاص كل واحدٍ منهما بالقسمة ثبوتاً مبتدئاً . هذا أحد القولين .

والقول الثاني - أن القسمة إفراز حق ، ومعنى هذا القول أنا ننتين بالأخرة أن حق كلّ شريك من الدار ما تبين وتميز بالقسمة ، ولا نُثبت لواحد منهما ملكاً مجدداً .

هذا بيان القولين ، ووجه تشبيه ما نحن فيه بمأخذ القولين أنا في وجهٍ نقول : يقع الطلاق على إحداها على إيهام ، ثم إذا تعينت ، تبين لها أنها الطالقة قبل . وفي وجهٍ نقول : يقع الطلاق عند التعيين [كما يثبت]^(١) اختصاص كل شريك عند القسمة .

وقد بالغ القاضي في استنباط ذلك ، وأحسن في إيضاح وجه الشبه ؛ فإن الدار كانت على الشيوع حساً ، كما جرت اللفظة على الإيهام فيما نحن فيه ، وتميّز الحصّة ثمّ كتعّين المطلقة والزوجة هاهنا ، واستناد [التمييز]^(٢) ثمّ إحرازاً أو إفرازاً كاستناد وقوع الطلاق هاهنا .

والمصير ثمّ إلى أن القسمة هي المفيدة للتخصيص على الابتداء بمثابة مصيرنا إلى أن التعيين هو الذي يفيد الوقوع متصلاً به غير مستند إلى اللفظ .

وهذا وإن كان حسناً فالوجهان مستقلان في الباب دون هذا التشبيه .

٩٢٢١- فأما من قال : يستند الطلاق إلى اللفظ ، فوجهه يبيّن ؛ فإن صيغة الطلاق جازمة لا تعليق فيها ، ولا سبيل إلى ردّ الطلاق ، والتعيين يبيّن بالأخرة التي طُلِّقَت أولاً ، وهو كما لو أسلم المشرك على نسوة ، فالإسلام يدفع الزائدات على الأربع ، ولا يتوقف اندفاعهن على تعيين الزوج الممسكات والمفارقات ، غير أن تعيين

(١) في الأصل : لا يثبت ، والمثبت من عمل المحقق .

(٢) في الأصل : البيتين . والتصويب من صفوة المذهب .

الزوجات مرتبط باختيار/ الزوج ، فإذا اختار أربعاً ، تبيّن أن صواحباتهن اندفعن ٨٥ ي بالإسلام ، وتبيّن لنا ذلك آخرأ مستنداً إلى الأول .

والقائل الثاني يقول : إيقاع الطلاق من غير محلّ محال ، ولكن قول الزوج : إحداكما طالق جزء منه في الإيقاع ، فافتضى إيقاع الحيلولة ؛ فإن الطلاق - وإن لم يتم - صدر صدوراً لا يرد ، فلم يستقل ليقع ، ولم يتعلق لينتظر متعلقه ، فكان مقتضاه إلزام الزوج إتمامه ولو بعد حين ، فإذا أتمه إذ ذاك وقع الطلاق ، فكأنه أوجب الطلاق ، ولم يوقعه ، وأبو حنيفة^(١) يصير إلى أن اللعان يوجب الفراق ولا يوقعه ، والإيلاء عنده^(٢) يوقع الفراق عند انقضاء المدة ، وعندنا يوجهه إذا امتنع من الفئته ، وإيهام الطلاق فيما نحن فيه لا يوقع الفراق ، ولكنه [فوق]^(٣) الإيلاء ، فيوقع الحيلولة ويلزم الإتمام .

والفقيه من يطلب في كل موضع ما يليق به ، وقد اجتمع في هذه المسألة تنجيزٌ ، فعسر رده ، ولم يصادف محلاً متعيناً نطقاً وعقداً ، فمست الحاجة ، إلى التعيين إذا^(٤) لم يجر التعيين أولاً ، ثم كان الطلاق مفتقراً إلى التعيين غير معلق به ، فنشأ منه الخلاف في أنه واقعٌ أو واجب الوقوع .
هذا حقيقة الوجهين في وضعهما .

٩٢٢٢- ويتم الغرض والبيان بالتفريع ، فنقول أولاً : إذا أبهم الطلقة ، ولم ينو واحدة ، فلا دعوى للزوجات ، بخلاف ما لو أطلق اللفظ ونوى بقلبه ، فإن للزوجات الدعوى على الزوج : كل تدّعي أنك عنيّتي - على ما سنذكر [في]^(٥) فصل التداعي والخلاف .

(١) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٢/ ٥٠٥ مسألة ١٠٥٠ ، مختصر الطحاوي : ٢١٥ ، المبسوط : ٤٣ ، ١٩/٧ .

(٢) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٢/ ٤٧٣ مسألة ٩٩٨ ، رؤوس المسائل : ٤٢٣ مسألة ٢٩٥ ، المبسوط : ٢٠/٧ .

(٣) في الأصل : فوت . وهو تصحيف أجهدنا أياماً حتى ألهمنا الله صوابه .

(٤) إذا : بمعنى (إذ) .

(٥) زيادة لإيضاح العبارة .

وإذا لم يكن من الزوج نيّة ، فالدعوى منهن لا معنى لها ، ولكنه مطالب بإنشاء التعيين عن خيرة وتشيه ، وهذا بمثابة مطالبة المسلم على النسوة الزائدات على الحصر بأن يعيّن منهن أربعاً ، فلهن الطّلبة ، وليس لهن الدعوى .

٩٢٢٣- ومما نفرع على ذلك أنا إن حكمنا بأن الطلاق يقع من يوم التعيين ، فالعدة من ذلك الوقت .

وإن قلنا : من يوم اللفظ ، [ففي]^(١) احتساب العدة وجهان ، كما تقدم ذكرهما فيه إذا لفظ بالطلاق وعيّن بالعقد والنية ؛ وذلك أن الطلاق في المسألتين وقع من وقت اللفظ ، ولكن لما التبس الأمر ، اختلف الأصحاب في تاريخ أول العدة ، كما تقدم شرح ذلك .

٩٢٢٤- ومما يتفرّع على ذلك أنه إذا أبهم طلقاً ثم وطئ واحدة ، وكان الإبهام بين امرأتين مثلاً ، فينظر : إن نوى لما لفظ بالطلاق وعين بالقصد ، فالوطء لا يكون تعييناً ، وانفق الأصحاب أنه لا يكون تبيناً للتعيين السابق الحاصل [بالقصد]^(٢) ؛ فإن الوطء فعلٌ ، والفعل لا صيغة له ، ونحن جعلنا الوطء من البائع في زمن الخيار فسخاً ، وجعلناه من المشتري إجازة ؛ لأن الفسخ والإجازة أمران منشآن ، فوقع الحكم بحصولهما ، وإنما المستنكر وقوع الفعل بياناً .

هذا إذا نوى لما لفظ بالطلاق .

فأما إذا لم ينو ، وكان مطالباً بالتعيين ، فهل يكون الوطء الصادر منه تعييناً ش ٨٥ للمنكوحة حتى تتعين / الأخرى بالطلاق ، فعلى وجهين : قال القفال : الوجهان مبنيان على أن الطلاق يقع بالتعيين أو يستند إلى اللفظ ، فإن حكمنا بأن الطلاق يقع بالتعيين ، فالوطء لا يُوقع الطلاق ، وإن حكمنا بأن الطلاق يقع باللفظ ، فالوطء يضاهي اختيار الفسخ ، أو اختيار الإجازة من المتعاقدين ، وكما اختلف الأئمة في أن الوطء هل يكون تعييناً للطلاق المبهم في التي يكف عن وطئها .

(١) في الأصل : (نهى) وهو تصحيف واضح .

(٢) في الأصل : « بالعقد » وهي كذلك في صفوة المذهب : جزء (٥) ورقة ٢٦ يمين .

كذلك اختلفوا في العتاق إذا أبهم المالك العتق بين أمتين ، ولم يعين واحدة منهما بقلبه عند تلفظه ، فإذا وطئ إحداهما ، فهل تتعين الموطوءة للملك والأخرى للعتق ، فعلى الخلاف الذي ذكرناه ، وأبو حنيفة^(١) يفصل بين العتق والطلاق ، فيقول : الوطء تعيين في الطلاق ، وليس تعييناً في العتاق ، والمسألة مشهورة معه في الخلاف .

٩٢٢٥- ومما يتعلق بما نحن فيه أنه إذا أبهم الطلاق ولم ينو ، فلما طالبناه بالتعيين في هذا القسم ، قال : عَيِّنْتُ هذه أو هذه ، فنقول : ما زدتنا بياناً ، ولم توقع تعييناً . وإن قال : هذه وهذه ، أو قال : هذه بل هذه ، تعينت الأولى ، ولغا لفظه في الثانية ، أما تعيين الأولى ، فتعليقه بين ، وأما بطلان لفظه في الثانية ، فسببه أن تعيينها للطلاق محالٌ ، ولا مجال للحمل على الإقرار في هذا القسم والقضاء بموجبه ، بخلاف ما إذا نوى عند اللفظ ، ثم قال : هذه وهذه ، أو قال : هذه بل هذه ، فإننا نؤاخذ به بموجب إقراره وإخباره عما مضى ، ثم يعترض لنا بقول الإقرار الثاني وإن طال الرجوع على^(٢) الأول إذا لم ينو عند اللفظ ، فلا مساغ للإخبار عن ماضٍ ، والإقرار إخبارٌ عن ماضٍ ، وإذا انحسم الإقرار ، فالتعيين يصح على وجه يقتضيه اللفظ ، واللفظ لا يقتضي إلا مطلقةً واحدةً ، وقد ذكرنا أنه إذا قال : إحداكما طالق ونوَاهما لم تطلقا ، وإنما تطلق واحدةً منهما ، ثم إذا صح التعيين في واحدة ، انحسم التعيين في الأخرى ، وهذا فقه حسنٌ ، وسواء فرعنا على أن الطلاق يقع عند التعيين ، أو يستند إلى اللفظ ، فإن حكمنا بأن الطلاق يقع عند التعيين ، فتعليل ما ذكرناه بين ، وإن أسندنا الوقوع إلى اللفظ تبييناً ، فاللفظ يكمل بالتعيين ؛ فإنه لم يكن كاملاً إذا^(٣) طلق ولا مقترناً بنيةً ، فإذا حصل إكماله آخرًا ، لم يقبل الإكمال إلا على صيغة اللفظ .

وتمام البيان فيه أنه إذا نوى عند اللفظ ثم قال : هذه بل هذه ، فلا تطلق إلا واحدة في علم الله ، والذي ذكرناه مؤاخذه تتعلق بالظاهر ؛ لأننا وجدنا للإقرار مساغاً ، وإذا

(١) ر . طريقة الخلاف : ١٥٥ مسألة : ٦٥ ، إيثار الإنصاف : ١٨٩ .

(٢) « على » بمعنى : « عن » .

(٣) إذا : بمعنى (إذ) .

اتضح أن لا مساع للإقرار ، فلا وجه إلا ما قدّمناه ، وهذا متضح لا إشكال فيه .

٩٢٢٦- ومما نفعه على هذا الأصل أنه إذا قال لامرأته : إحداكما طالق ، ولم يعين واحدةً بنيةً ، فلو ماتتا ، وبقي الزوج ، فالذي قطع به أئمة المذهب أن التعيين لا ينحسم بموتهما ، وهذا يؤكد أحد الوجهين في استناد الوقوع إلى اللفظ ، وإذا قلنا لمن/ يصير من الأصحاب إلى أن الطلاق يقع عند التعيين : كيف سبيل الحكم بوقوع الطلاق بعد الموت ؟ وهلا قلت : إن الطلاق يمتنع وقوعه بعد فقدان المحل ؟ يقول : إن هذا اللفظ وإن كان لا يوقع الطلاق ابتداءً ، فإنه يوجهه إيجاباً لا يُدفع ، ولو حكمنا بأنه يفوت ، لوجب أن نقول : إذا بدا للزوج ألا يعين ، ورأى أن يبقيهما على النكاح ، فلا معترض عليه والنكاح يستمر ، فإذا لم نقل ذلك ، تبين أن الطلاق لا بد منه . وقد ذهب أبو حنيفة^(١) إلى أنهما إذا ماتتا في الصورة التي ذكرناها ، فقد فات التعيين بموتهما . ومذهبه أن الطلاق يقع عند التعيين ، وكان شيخي يميل إلى هذا المذهب ، وليس هذا ملتحقاً بمذهب الشافعي ، والمذهب المقطوع به ما ذكرناه .

ثم إن كنا نرى استناد الطلاق إلى اللفظ ، فلا إشكال ؛ فإن فرعنا على أن الطلاق يقع عند التعيين في حياتهما ، ففرض الوقوع عند التعيين بعد الموت محال ، ولا بد من فرض استناد على هذا الوجه في هذه الصورة ، ثم كيف الاستناد ؟ وما المستند ؟ المذهب الأصح أن الطلاق يستند إلى اللفظ في هذه الصورة ، ويلتقي الوجهان ؛ فإننا لم نجد إلى رد الطلاق سبيلاً ، ولم يمكننا أن نحققه عند التعيين ، وترددنا بين اللفظ والتعيين ، فإذا عسر تحقيق الطلاق عند التعيين ، استند إلى اللفظ تبيناً .

ومن أصحابنا من قال : تطلق المعينة قبيل موتها ، فإن عمرها كان محلّ التعيين ، فإذا تصرّم ، رددنا وقوع الطلاق إلى آخر زمن يمكن فرض التعيين فيه ، وهذا فقيه حسنٌ ، وهو يناظر في الظاهر مذهب أبي حنيفة^(٢) في حكمه بعتاقة المكاتب الذي خلف وفاء إذا أخذت النجوم من تركته ، فالعتق لا يحصل بعد الموت عنده ، ولكن

(١) ر . مختصر الطحاوي : ١٩٩ .

(٢) ر . المبسوط : ٢١٦/٧ ، رؤوس المسائل : ٥٤٦ مسألة : ٤٠٣ ، طريقة الخلاف : ١٧٧ مسألة ٧٠ ، إيثار الإنصاف : ١٨٥ .

إذا أُدِّيت النجوم ، تبين حصول العتاقة قبيل الموت ، ويقرب هذا من قولنا برجوع المبيع إلى ملك البائع قبيل التلف ، فيصايف الانفساخ ملكاً قائماً ، وإن كان قيام الملك ينافي الانفساخ ، ولكن لما عسر الحكم بالانفساخ بعد الموت ، ودلّ الشرع على أن العقد لا يبقى مع تلف المبيع في ضمان البائع ، فانتظم من مجموع ذلك أنا اضطررنا إلى إيقاع الفسخ بالموت قبله . ويكثر نظائر ذلك .

فصل في

قال : « فإن ماتتا ، أو إحداهما . . . الفصل »^(١) .

٩٢٢٧- إذا طلق إحدى المرأتين ، ثم فرض طريان الموت قبل التبيين ، أو قبل التعيين ، فلا يخلو إما أن يفرض في جانبه وإما أن تموتا ويبقى ، وإما أن تموت إحداهما ثم يموت الزوج .

فإن ماتتا وبقي الزوج ، نظرنا : فإن كان لفظ ونوى وكان مؤاخذاً بالتبيين ، فإذا بين الطلاق في إحداهما ، سقط ميراثه منها ، وبقي ميراثه من الأخرى ، وبيانه لا شك مقبول ، فلو ادعى ورثته التي عينها للزوجية ليرثها أنه كان عينها للطلاق عند اللفظ ، فالقول قوله مع اليمين/ ما عينها^(٢) ، فإن نكل ، حلفوا وخرج الميراثان : أحدهما ٨٦ ش لإقراره ، والثاني لقيام يمين الرد بعد إنكاره ونكوله .

وإن أطلق اللفظ أولاً ، ولم ينو بقلبه ثم ماتتا - وقد ذكرنا أنه يعين بعد الموت - فإذا عين واحدة للطلاق ، ورث الأخرى ، ولا يتوجه عليه الدعوى ، وقد ذكرنا الآن أن التعيين لا ينحسم بموتها ، وأبو حنيفة لما صار إلى انحسام التعيين ، ورث الزوج منهما جميعاً ، ولكن لم يثبت له تمام الميراث من واحدة منهما ، وقضى بأنه يأخذ من تركة كل واحدة منهما نصف ميراث زوج .

وهذا كلام مختبط لا أصل له ؛ فإن التعيين إن انحسم ، فمقتضاه سقوط الطلاق رأساً ، وإن ماتتا على الزوجية ، فالزوج يرثهما ويثبت له من تركة كل واحدة منهما

(١) ر . المختصر : ٨٥ / ٤ .

(٢) في الأصل : فالقول قوله مع اليمين مع ما عينها .

ميراث زوج ، وكان شيخني في ميله إلى هذا المذهب يُثبت له ميراثين ، وفرّع أبو حنيفة مذهبه ، فقال : إذا ماتت إحداهما ، تعيّنت الحية للطلاق ، ووقع الحكم بأن البتي ماتت زوجة ، وكان شيخني في تقدير اختياره وراء^(١) المذهب يصحح هذا التفرع ويقول به ، وهو لعمرى صحيح لو صح الأصل ، ولكن ما ذكره الشيخ إظهار ميل ، وما أجمع عليه الأصحاب أن التعيين لا ينحسم بالموت .
هذا كله فيه إذا ماتتا وبقي الزوج .

٩٢٢٨- فأما إذا مات الرجل وبقيتا ، فهل يقوم الوارث مقام الزوج في البيان والتعيين ؟ اختلف طرق أصحابنا : فمنهم من قال : في التبيين والتعيين جميعاً قولان : أحدهما - يقوم الوارث مقامه في البيان والتعيين جميعاً ؛ لأن الوارث خَلَفَ الموروث ، فيقوم مقامه في التبيين والتعيين جميعاً ، كما يخلفه في حق الشفعة والردّ بالعيب ، وحبس المبيع واستلحاق النسب .

والثاني - لا يقوم الوارث مقامه ؛ لأن حقوق النكاح لا خلافة فيها ، فلا تتعلق الورثة بشيء منها ، كحق اللعان ، وأقرب الأحكام شهاً بما نحن فيه أن من أسلم^(٢) وتحتة عشر ومات قبل البيان ، فالورثة لا يقومون مقام المورث في تعيين أربع ، ولا يكاد ينفصل هذا عن إطلاق الطلاق من غير نية ، هذه طريقة الأصحاب .

ومنهم من قال : إن كان نوى [لَمَّا]^(٣) لَفَظَ ، فالوارث يقوم مقامه في البيان ؛ إذ قد يكون للوارث اطلاع على ما نواه المورث ، [كأن]^(٤) كان سمعه أو تبيّنه من مخيلة حاله ، وعلى مثل ذلك تَعْتَمِد المرأة في الحلف إذا أفضت الخصومة إلى ردّ اليمين عليها .

ومن أصحابنا من قلب الترتيب ، وقال : يقوم الوارث مقام المورث في التعيين إذا لم يكن اقترن باللفظ نية ، فإن اقترن باللفظ نية ، فهل يقوم الوارث مقام المورث في التبيين ، فعلى قولين .

(١) وراء المذهب : أي مع اختياره المذهب .

(٢) في الأصل : أن من أسلم وأسلمت وتحتة . . .

(٣) في الأصل : « لَصّاً » وهو من عجائب وغرائب التصحيف .

(٤) في الأصل : « فإن » .

وينتظم من جميع هذه الطرق أقوال : أحدها - أن الوارث يقوم مقام المورث في التبيين والتعيين .

٨٧ ي

والثاني - أنه/ لا يقوم مقامه فيهما .

والثالث - أنه يقوم مقامه في التبيين ولا يقوم مقامه في التعيين كالعدد الزائد في مسألة نكاح الشركات .
هذه طرق مرسلة .

وذكر الشيخ القفال طريقة مفصلة حسنة ، موافقة لظاهر النص ، فكان يقول : إن كانت المرأتان حيتين ، فليس للوارث التعيين ولا البيان ؛ لأنه [لا]^(١) غرض للوارث في أن تكون المطلقة هذه أو تلك ؛ فإن ميراث الواحدة ميراث الاثنتين ربع أو ثمن ، وإذا لم يكن له غرض ، فهو كالأجنبي وليس كالزوج ، فإنه صاحب الأمر ، ومنه الواقعة ، وإليه المآل .

٩٢٢٩- وإن ماتت إحدهما ثم مات الزوج ، ثم ماتت الأخرى ، فإن عين الوارث الميته^(٢) للطلاق ، قبل قوله ، فإنه أقر على نفسه بما يوجب حرماناً من حق ، واقتضى استحقاق حق عليه ، فكان هذا من قبيل قبول الأقاير ، فهذا مقبول قولاً واحداً ؛ فإنه في التحقيق أضرب بنفسه من وجهين .

وإن عين الطلاق في الحية بعد الزوج ، فله في هذا غرض صحيح ، وللقصد به تعلّق ؛ فإن هذا لو ثبت ، يخلص له ميراث أبيه ، ويثبت حق الإرث في تركة الميته ، فهل يُقبل قول الوارث حتى يثبت غرضه في التركتين ؟ فعلى قولين ، ثم يحسن في هذا المقام إعادة الطرق في التبيين والتعيين .

٩٢٣٠- ولو كانتا ميتين ، فقد يظهر غرض الوارث في التعيين بأن يكون الميراث من إحدهما أكثر ، وقد يكون له غرض في عين من أعيان التركتين . وهذا كلام مستعار ، فلا ينبغي أن يكون إلى أقدار الموارث التفات أصلاً ، والغرض أن يكون

(١) في الأصل : لأنه اغرض للوارث .

(٢) في الميته : أي الميته قبل الزوج ، كما يفهم من السياق ، ويزداد وضوحاً بما يأتي .

للخصومة تعلق بالوارث ، فلا نظر إلى الغرض مع هذا .

وإذا كانتا حيتين ، فهذا المعنى معدوم ، ولكن عبر الأصحاب عما ذكرناه بالأغراض .

ولو كان أجمل عتقاً بين عبيد ومات وبقي ، فهذا محل القولين في بيان الوارث ؛ فإن استحقاقه يتعلق بأحدهما ، وهذا لا يتحقق في الزوجتين الحيتين .

٩٢٣١- فحاصل كلام القفال وإليه ميل معظم المحققين أن الكلام يقع مع الوارث في ثلاث صور : إحداها - ألا يكون له غرض في التبين والتعيين ، فلا نجعله من أهل واحدٍ منهما .

والثاني - أن تتعلق الواقعة بغرضه ، فيأتي بكلام يضرب به نفسه ، فيقبل ذلك منه قبول الأقارير .

وإن كانت الواقعة متعلقة بغرضه ، وقال قولاً في البيان والتعيين ينفعه من كل الوجوه ، أو ينفعه من وجه ، ففي قبول البيان والتعيين قولان . هذا مسلكه .

ثم يجري الفرق بين البيان والتعيين على المراسم التي قدمناها ، حيث يجري اختلاف القول في القبول ، ويتطرق إلى ما ذكره من القطع بالقبول في صورة الإضرار أن يُقبلَ البيان إقراراً ، وفي التعيين وإن كان مضرراً التردد الذي ذكرناه .

ش ٨٧ ٩٢٣٢- وأطلق العراقيون وصاحب التقريب إجراء القولين في تبين الورثة/ وتعيينهم وإن لم يكن لهم غرض .

وهذه الطريقة ليست بالمرذولة ؛ فإننا لا نقبل قول الوارث بغرضه ؛ إذ قبول الأقوال لا يناط بأغراض القائلين ، وإنما يناط بكونهم من أهل القبول تأصلاً أو خلافةً ، وهذا المعنى يتحقق في حق الورثة وإن لم يكن لهم غرض .

وهذا لا بأس به إلا في صورة واحدة ، وهي إذا أقر الوارث بما يضره ، فيجب قبول ذلك وقطع القول به ، وشرطه أن يكون إقراراً ، ولا يكون تعييناً ، فهذه الصورة مستثناة ، لا يرتاب فقيه في استثنائها ؛ فإنه أقر بحرمان نفسه واستحقاق غيره ، وقبول ذلك لا مرأى فيه .

هَذَا مُنْتَهَى الْقَوْلِ فِيمَا يَقْبَلُ وَيُرَدُّ مِنْ تَبْيِينِ الْوَرِثَةِ وَتَعْيِينِهِمْ وَذِكْرِ اخْتِلَافِ الطَّرِيقِ وَالْمَسَالِكِ .

٩٢٣٣- ثُمَّ يَتَفَرَّعُ عَلَيْهِ أَنَا إِذَا لَمْ نَقْبَلْ قَوْلَ الْوَرِاثِ وَالزَّوْجَتَيْنِ مَيِّتَتَانِ نَظَرُ : فَإِنْ مَاتَتَا بَعْدَ الزَّوْجِ ، وَقَفْنَا بَيْنَ وَرَثَتَيْهِمَا مِيرَاثُ زَوْجَةٍ مِنْ تَرَكَةِ الزَّوْجِ ، وَإِنْ كَانَتَا حَيَّتَيْنِ ، وَقَفْنَا بَيْنَهُمَا مِيرَاثُ زَوْجَةٍ .

وَأِنْ مَاتَ الزَّوْجُ ، ثُمَّ مَاتَتْ إِحْدَاهُمَا وَالْأُخْرَى حَيَّةٌ ، وَقَفَ مِيرَاثُ زَوْجَةٍ بَيْنَ الْحَيَّةِ وَبَيْنَ وَرَثَةِ الْمَيِّتَةِ ، وَلَوْ مَاتَتَا ثُمَّ مَاتَ الزَّوْجُ ، وَقَفَ لَوَرَثَةِ الزَّوْجِ مِنْ تَرَكَةِ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مِيرَاثُ [زَوْجٍ] ^(١) إِلَى أَنْ يَصْطَلَحُوا .

وَلَوْ مَاتَتْ إِحْدَاهُمَا ، ثُمَّ الزَّوْجُ ، ثُمَّ الْأُخْرَى ، وَقَفَ لَوَرَثَةِ الزَّوْجِ مِنْ تَرَكَةِ الْأُولَى مِيرَاثُ زَوْجٍ ، وَوَقَفَ مِنْ تَرَكَتِهِ لَوَرَثَةِ الْأُخْرَى مِيرَاثُ زَوْجَةٍ إِلَى أَنْ يَصْطَلَحُوا .
وَأِنْ [قَبْلُنَا] ^(٢) قَوْلَ الْوَارِثِ ، فَقَدْ يُفْرَضُ نِزَاعٌ وَخِلَافٌ ، وَسَنَذْكُرُهُ فِي فَصْلِ مُفْرَدٍ عِنْدَ نِجَازِ الْبَابِ .

٩٢٣٤- وَقَدْ كُنَّا آخِرْنَا فَصْلًا فِي وَقُوعِ الْإِشْكَالِ بَيْنَ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ ، وَهَذَا أَوَانُ ذِكْرِهِ ، وَإِذَا انْتَجَزَ ، ذَكَّرْنَا بَعْدَهُ الْخِلَافَ بَيْنَ الْمُطَلَّقِ وَالزَّوْجَتَيْنِ ، ثُمَّ بَيْنَ الزَّوْجَتَيْنِ وَالْوَرِثَةِ وَنُلْحِقُ بِهِذَا الْمُنْتَهَى فُرُوعًا نَسْتَدْرِكُ مَا أُنْسَلَّ عَنْ ضَبْطِ الْأَصُولِ .

فَصْلٌ

قَالَ : « وَلَوْ قَالَ : حَنْثٌ بِالطَّلَاقِ أَوْ الْعَتَاقِ ، وَقَفَ عَنْ نِسَائِهِ وَرَقِيقِهِ . . .
الْفَصْلُ » ^(٣) .

٩٢٣٥- إِذَا حَلَفَ يَمِينِينَ : إِحْدَاهُمَا بِالطَّلَاقِ وَالْأُخْرَى بِالْعَتَاقِ ، وَتَيَقَّنَ الْحَنْثَ [فِي] ^(٤) إِحْدَاهُمَا ، وَلَمْ يَدْرَ أَنَّهُ حَنْثٌ فِي أُيْتِهِمَا . وَتَصْوِيرُ ذَلِكَ هَيْئًا ، فَلَوْ سَقَّتَهُ فِي

(١) زِيَادَةُ اقْتِضَائِهَا السِّيَاقَ .

(٢) فِي الْأَصْلِ : قَلْنَا .

(٣) ر . الْمُخْتَصَرُ : ٨٥ / ٤ .

(٤) فِي الْأَصْلِ : مِنْ .

ظلمة الليل جاريةً ، فقال : إن كانت الساقية امرأةً من نسائي ، فهي طالق ، وإن كانت جاريةً ، فهي حرة ، وقد يفرض هذا في الطائر ، فإذا قال : إن كان غراباً ، فامرأتي طالق ، وإن لم يكن غراباً ، فعبدي حر .

هذا هو التصوير .

قال الشافعي : يوقف عن النساء والعبيد ، ولا يمكن من أن يستمتع بالنساء ، ويتصرف في العبيد ، ويؤمر بالإنفاق عليهم ، لأنهم في حبسه ، ثم يؤمر بالتبيين ، كما تفصل من قبل .

٩٢٣٦- ولو مات قبل البيان ، فلاصحابنا طريقان : منهم من قال : في قيام الوارث/ مقامه في البيان أو التعيين قولان ، كما ذكرناهما في المرأتين وفي العبدین ، وكل كلام يجري في الطلاق المبهم الفرد ، أو العتاق المبهم الفرد ، وجب أن يجري إذا ارتبط الاستبهام بالطلاق والعتاق .

ومن أصحابنا من قطع القول بأن الوارث لا يبيّن ولا يعيّن إذا تعلق الإبهام بالطلاق والعتاق ، والسبب فيه أن القرعة تجري في العتاق ، وإن عارضه الطلاق .

وهذا من الهذيان الذي لا مبالاة به إلا أن يجري صاحب هذه الطريقة مسلكه في العتق الممخّض ؛ فإن العتق إذا تمخّض ، فهو أولى بالقرعة منه إذا عارض العتاق الطلاق .

ثم من قال بالبيان قدّمه على القرعة ، كما في حالة الحياة .

وإن لم نقل بالبيان ، أو قلنا به ، ولكن لم يبيّن الوارث ، فالقرعة تجري ، فنُفّرِع بين الأمة والزوجة ، فإن خرجت على الأمة عتقت ، وتعينت المرأة للزوجة ؛ إذ لا يتصور التعيين إلا مع زوال الإبهام . ومن ضرورة زوال الإبهام ما ذكرناه .

وإن خرجت القرعة على المرأة ، لم تطلق ؛ فإن القرعة لا تؤثر في إيقاع الطلاق أصلاً ، وإنما [أثرها]^(١) في العتاق . ثم إذا خرجت القرعة على المرأة ، وحكمنا بأن

(١) في الأصل : أثرتنا .

القرعة لا تؤثر ، فالمذهب المبتوت أن الأمر يبقى ملتبساً ، ويسقط ما كنا نبغيه بالقرعة من البيان .

وفي بعض التصانيف أن القرعة تعاد مرة أخرى عند بعض أصحابنا ، وعندني أن صاحب هذه المقالة يجب أن يخرج من أحزاب الفقهاء ؛ فإن القرعة إذا كانت تعاد ثانية ، فقد تعاد ثالثة ، ثم لا يزال الأمر كذلك حتى تقع على الأمة ؛ فإن القرعة تُستخرجُ عليها . وحق صاحب هذا المذهب أن يقطع بعق الأمة ، وهذا لا سبيل إليه . وذكر طوائف من أصحابنا أن الطلاق وإن كان لا يقع على المرأة ، فالقرعة تؤثر في إرقاق الأمة .

٩٢٣٧- فقد تحصّل سوى الوجه الفاسد وجهان : أحدهما - أن الأمر يبقى ملتبساً في العتق ، والطلاق . والثاني - أن الأمة ترقّ .

فإن قيل : ألسم قلتم : إذا خرجت القرعة على الأمة ، عتقت وتعينت الزوجة للزوجية ، وقطعتم بهذا ؟ فهلاً قطعتم بأن الأمة ترق ؟ قلنا : لأن القرعة إذا وردت على الأمة ، فقد خرجت على محلّ تؤثر القرعة فيه وهو العتاق ، وإذا خرجت على الطلاق ، فلا أثر لهذا في هذا المحل ، وإذا لم يكن لها أثر ، لم يبعد أن تلغى حتى يستمر اللبس .

ويتعلق بهذا الفصل مسائل لطيفة في الاختلاف ، سنذكرها في فصل الاختلاف ، وهذا أو ان افتتاحه .

فصل في

مشمتم على وجوه الاختلاف

مسائله :

٩٢٣٨- إذا قال الرجل لامرأته : إحدكما طالق ، وكان نوى واحدة منهما بقلبه ، فلما طالبناه بالبيان ، [فإن] ^(١) عين واحدة منهما تعينت ، فإن لم تخاصم الأخرى ، فلا تعرض لهما ولا تبقى طلباً من جهة السلطان .

وإن قالت الأخرى : نويتني وعنيتني ، فالخصومة تدار بينهما : فيحلف الزوج بالله لم ينوها ولم [يعنها]^(١) ، فإن حلف ، انقطعت الخصومة ، ويمينه على البت ؛ فإنه ينفي فعل نفسه ، فإن نكل ، رُدَّت اليمين على المرأة ، فإن حلفت ، حكمنا بوقوع الطلاق عليها ظاهراً ؛ لأجل يمينها ، وقد نُثِبَ طلاق الأولى بإقراره .
وإن نكلت عن يمين الرد ، كان نكولها بمثابة حلفه .

ولو قال الزوج لما طالبناه بالبيان : قد كنت نويت وعنيت إحداكما ثم نسيت ، فإن صدقناه ، فلا طَلَبَةَ ، فإن المطالبة بالتعيين تأتي من جهتهما ، فإذا رضيتا بالمقام تحت الاحتباس ، فلا تعرض للسلطان . نعم ، يُمنع من مُلابستهما جميعاً ، ومن مُلابسة كل واحدة منهما .

فأما إذا ادعى الرجل النسيان ، فكذبناه ، فإذا سبقت واحدة وقالت : عنيتني ، فقال في جوابها : لا أدري ، فلا يقبل ذلك منه . ولو قال : حلفوني بالله : لا أدري ، لم نكتف بهذه اليمين منه ، فإن المحلوف عليه فعله ، فلتكن يمينه جازمةً ، ولو فتحنا هذا الباب ، لما توجهت يمين جازمة على من يُدَّعى عليه استقراضٌ ، أو إتلافٌ ، أو قتلٌ أو غيرُها .

فإن قال الزوج : أتَجَوِّزون صدقي ؟ قلنا : نعم ، فلو قال : فلم تطالبونني باليمين الجازمة ، وأنا أُنحَكِم يميناً جازمةً في أي نسيت ؟ قلنا : لا سبيل إلى إجابتك .

ولكن وراء هذا سرٌّ ، وهو أنا لا نقضي بنكولك عن اليمين المعروضة عليك ، بل نقول : اليمين مردودة على المدّعية ، فإن حلفت ، وقع القضاء بيمين الرد ، وهي حجة جازمة في الخصومة نازلة في طريقة منزلة البيّنة ، وفي طريقة منزلة الإقرار .

٩٢٣٩- ومما نذكره على الاتصال بهذا أنه لو كان قال : إن كان هذا الطائر غراباً فزینب طالق ، وإن لم يكن غراباً ، فعمرة طالق ، ثم فرضت الدعوى منهما أو من إحداهما وكانت لا تدعيان طلاقاً إلا من هذه الجهة ، فلو قال : قلت ما قلت من تعليق

(١) في الأصل : بعينها .

الطلاق ، وأنا في كَرْنٍ والليل ملقٍ [سُودَ أكنافه]^(١) على الآفاق ، وقد مرّ الطائر ، فكيف أطلع على جنسه ، فاقنعوا مني بيمينٍ على نفي العلم ؛ إذ لا خلاف أن المحلوف عليه لو كان أمراً أنفيه من فعل غيري ، لكنني أحلف على نفي علمي به ، مثل أني لو قلت : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، ثم ادّعت المرأة الدخول ، كان يكتفى مني بالحلف على نفي العلم بالدخول ؛ من جهة أن إحاطة العلم بنفي فعل الغير يعسر ، وإذا كان يقع الاكتفاء بنفي العلم لتعذر الإحاطة ، فإحاطة العلم بجنس الطائر في الصورة التي ذكرناها أعسر ، والدرك فيه أبعد .

قلنا : إن سلمت المرأتان الصورة التي [ذكرها]^(٢) الزوج ، فقد تحقق أن العلم منه بجنس الطائر غير ممكن ، فهذا اعتراف منهما بأنه ليس يعلم حقيقة الحال . وإن اعترفتا كذلك ، فلا يتصور/ من واحدة منهما دعوى منضبطة عليه . وحكم هذه ^{٨٩} الصورة ما تقدم من أنهم إذا اعترفوا بالإشكال ، ترك الأمر مبهماً ، وانقطعت طلبُ البيان ، ويلزمه أن يرُدَّ عليهما حقوقَ النكاح .

وإن ادعى الزوج حالة لا يتصور معها الإحاطة بجنس الطائر ، وأنكرت المرأتان ذلك ، وادعت كل واحدة منهما على البت أنه طلقها ، فلا يُكتفى منه بادعاء نفي العلم ، وإن أبدى الجهل ، جعل ذلك إنكاراً منه ، وعُرضت عليه اليمين الجازمة ، فإن تمادى على ادعاء الجهل ، جعل ذلك بمثابة النكول عن اليمين ، وتردّ اليمين على المدعية ، فإن قال الزوج : إذا كان لا يمتنع صدقي في دعوى الجهالة ، فكيف تستجيزون إثبات الطلاق ؟ قلنا : لسنا نثبت الطلاق بنكولك عن اليمين ، وإنما أثبتناه بيمينها الجازمة في إثبات الطلاق ، ولكن سبيل الوصول إلى يمين الرد في ترتيب الخصومة ما ذكرناه .

وهذا قدمنا تقديره فيه إذا قال : إحداكما طالق ، وكان قد عيّن بقلبه إحداهما ، ثم زعم أنه نسي من نواها .

(١) في الأصل رسمت هنكذا : سودا كنافه .

(٢) في الأصل : ذكرناها .

٩٢٤٠- ولو ذكر في مجلس الحكم صورة الحال ، وكانت المرأتان لا تدعيان الطلاق إلا من جهة التعليق في مسألة الطائر ، فتقدمت امرأة كان علق طلاقها بكون الطائر غراباً ، [فقد ادعت]^(١) أن الطائر الذي علق الطلاق به كان غراباً ، فهذه الدعوى يجب أن يجيب عنها ؛ فإن التنازع محصور في صفة الطائر .

فالذي أراه أن الزوج ينفي كونه غراباً جزماً ؛ فإن الاطلاع على جنس الطائر ممكن ، وهو من قبيل الإثبات الذي حقه أن يحلف عليه جزماً ، فإن ادعى الجهل ، جعل منكرأ ثم ناكلاً ، وتعرض اليمين الجازمة على المدعية . وإن كان الشيء في جنسه مما يفرض الاطلاع عليه ، فلا ننظر إلى تفاصيل الصور ، وهذا كما أننا إذا جعلنا اليمين على نفي فعل الغير على [نفي]^(٢) العلم ، فلا نغير هذا الأصل بتصور الإحاطة بالنفي في بعض الصور .

فإن قيل : نفي كون الطائر غراباً ليس بإثبات . قلنا : كم من نفي يجب أن يكون اليمين عليه جزماً ، وإنما تكون اليمين على نفي فعل الغير على [نفي]^(٣) العلم فحسب ، ونفي صفة في طائر كإثبات صفة فيه ، وسبيل العلم في البابين على نسق واحد .
فهذا ما أراه في ذلك .

وبالجملة ما يفرض من إشكال في ذلك بمثابة ما لو قال الزوج : نسيت ما نويت ، ولا ينفع الزوج ذلك ، وإن كان ما يدعيه ممكناً .
فهذا منتهى الغرض في ذلك .

٩٢٤١- ومما نذكره في [الاختلاف]^(٤) أنه لو وقع الإبهام بين الطلاق والعَتاق ، كما صورناه في جارية وزوجة ، فإن قال : حَتَّْتُ في العتق عَتَقْتُ ، وبقيت الدعوى للمرأة ؛ فإن حلف الزوج ، أنه لم يحنَّ في طلاقها ، انفصلت الخصومة ، وإن

(١) في الأصل : « فقال : أدعي » وهو تحريف لا يستقيم معه الكلام ، والمثبت تصرف من المحقق .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) في الأصل : اختلاف .

نكل ، رُدت اليمين على المرأة . ولو قال : لا أدري ، لم نقنع منه بهذا ، كما تقدّم ذكره .

ولو كان علق عتق عبيد وطلاق نسوة على / الإبهام ، فادّعت واحدة من النساء ٨٩ش الحنث ، فنكل الزوج ، وحلفت ، ثبت طلاقها ، ولم يثبت طلاق صواحباتها ، وإن كان اليمين بطلاقهن والحنث لا يتبعّض ، ولكن إنما ثبت الحنث باليمين ويمين واحدة لا يثبت في حق الغير ، وهذا كما لو مات رجل وخلف ابنين ، وكان له على إنسان دين ، فلو أقام أحدهما شاهداً وحلف معه ثبتت حصته من الدين ، ولم تثبت حصّة أخيه ، وهو على دعواه ، ولو أقام أحد الابنين شاهدين ، ثبت جميع الدين في حق الأخوين ، وهذا واضح .

ولو قال الزوج : إن دخلت الدار فأتتن طوالق ، فادعت المرأة أنه دخل الدار وعرضنا اليمين عليه فنكل ، فحلفت تلك المدعية ، طلقت ، ولم تطلق صواحباتها ؛ لما ذكرناه .

وقد يعترض للإنسان أن الطلاق يتعلق بحق الله ، ولكن حق الله لا يثبت في حق الغير بيمين الغير أيضاً ، وإذا كانت الدعوى تتوجه والخصومة ترتب تحليفاً ورداً ، فالأصل الثابت الذي لا مرأى فيه ما ذكرناه من أن اليمين لا تثبت شيئاً في حق غير الحالف .

٩٢٤٢- ومن بقية الكلام في الاختلاف أن الذي أبهم الطلاق إذا مات ، فقد ذكرنا أن الوارث هل يقوم مقامه في البيان ، فإن قلنا : لا يُقبل بيانه ، فلا تتوجه عليه الدعوى ؛ فإنه بمثابة الأجنبي في القول الذي نقرّع عليه .

وإن قلنا : إن بيانه مقبول ، فإن كان لا يتعلق به حقّ وغرض ، ورأينا قبول قوله في بعض الطرق ، وذلك مثل أن يموت الزوج ويخلف زوجتين قد أبهم بينهما طلاقاً مبينةً ، فلو امتنع عن البيان ، فلا تتوجه عليه الدعوى منهما ؛ فإنه لا يتعلق بعين واحدة منهما [غرضه] ^(١) بوجه .

(١) في الأصل : « بغرضه » .

وإن كانت المسألة مفروضةً حيث يتعلق الأمر بغرضه مثل أن يكون الإبهام في عتق عبيدين ، فتتوجّه الدّعوى على الوارث ، ثم [إن]^(١) ادعى أحدهما أن أباه حنث ، فإنه يحلف على نفي العلم : « بالله لا يعلم أن أباه حنث » ثم لا يخفى تمام الخصومة ، لو فرض النكول والردّ .

فهذا تمام المراد ، ثم ما لم نذكره لا يخفى قياسه ، فلم نر المزيد على هذا . وإذا كان الإبهام بين العتق والطلاق ، ومات المبهّم وقلنا : تعيين الوارث مقبول ، فإذا زعم أنه كان حنث في الطلاق ، قبل قوله ، وللمرأة أن تحلفه ، فيحلف على الإثبات أن أباه حنث في الطلاق .

ثم للعبد أن يحلفه ، فيحلف بالله : لا يعلم أن أباه حنث في عتقه ؛ فإن اليمين في حقه متعلقة بنفي فعل الغير ، وهذا جارٍ على الأصل الذي مهدناه . وقد نجز ما أردناه في ذلك والله المستعان .

فروع متعلقة بالباب :

٩٢٤٣- إذا أشار الرجل إلى امرأته وأجنبية ، وقال : إحداكما طالق ، ثم ادعى أنه أراد بذلك الأجنبية ، فهل يصدق في ذلك ؟ اختلف أصحابنا في المسألة ، فذهب ي ٩٠ الأكثرون إلى أنه يصدق فيما يدعيه ؛ فإن قوله/ إحداكما صريح في الترديد بينهما . ومن أصحابنا من قال : يقع الطلاق على زوجته ، فإنه أرسل الطلاق بين أجنبية ليست محلاً لطلاقه ، وبين زوجته ، فينزل الطلاق على التي هي محل الطلاق ، ويلغو موجب الترديد ، وهو كما لو أوصى بطلٍ من طبوله ، وله طبل حربٍ وطبولٌ لهو ، فالوصية تنزل على طبل الحرب ؛ فإنه محل الوصية الصحيحة ، والطلاق أولى بالنفوذ من الوصية .

ومما ذكره الأصحاب متصلاً بهذا أن الزوج إذا قال : زينب طالق ، وكانت زوجته تسمى زينب ثم قال : أردت بذلك جارتى وهي زينب ، فالأكثر من الأصحاب

(١) زيادة من المحقق ، مع أنها ساقطة أيضاً من صفوة المذهب : جزء (٥) ورقة : ٣٠ يمين .

صاروا إلى أن الطلاق واقع ، ولا يُقبل حمله إياه على الجارة ؛ فإن الطلاق لا يرد ، ولا يحمل على [اللغو]^(١) .

ومن أصحابنا من قال : يقبل ذلك ؛ فإن لفظه محتمل له ، والأصل بقاء النكاح ومال إلى اختيار ذلك القاضي ، وهذا التردد في الظاهر .

فأما من أنكر قبول قوله ظاهراً لا^(٢) يُنكر أن الطلاق لا يقع باطناً بينه وبين الله إذا صدّق .

والجهل لا يمنع وقوع الطلاق بلا خلاف ، فلو كان نسي أن له زوجة ، فقال : زوجتي طالق ، طلقت .

ولو أشار إلى عبدٍ لأبيه وقال : أعتقتك ، ثم تبين له أنه كان قال هذا وأبوه قد مات والعبد رجع إليه ميراثاً ، فالعتق نافذ .

فَبَيِّنْ : ٩٢٤٤- إذا أبهم طلاقاً مُبيناً بين امرأتين ، فيلزمه البيان أو التعيين ، كما مضى تفصيله ، ولو أبهم طلاقاً رجعيةً بينهما ، فهل يلزمه أن يُبين أو يعين ، فعلى وجهين : أحدهما - لا يلزمه ؛ فإن الرجعية زوجة .

والثاني - يلزمه ؛ فإنها محرمة ، والحيلولة مستحقة بالطلاق الرجعي ، والأصح الأول . والله أعلم .

فَبَيِّنْ : ٩٢٤٥- إذا طار طائر ، فقال زيد : إن كان غراباً فعبدي حرّاً ، وقال عمرو : إن لم يكن غراباً فعبدي حر ، فلا نحكم بعتق واحد منهما ، كما تقدم ذكره ، فلو اشترى أحدهما عبد الثاني ، فالشراء صحيح ، ولكن إذا اجتمع العبدان في ملكه ؛ فلا شك أن أحدهما في معلوم الله حر ، وإنما كنا لا نحكم بهذا لتعدد المالكين وتعذر

(١) في الأصل : « ولا يحمل على موجب العادة » والمثبت من المحقق على ضوء عبارة ابن أبي عصرون ، وهي : « فإن الطلاق لا يرد ، ولا يلغو »

وربما كان صوابها : « فإن الطلاق لا يرد ، ويحمل على موجب العادة » أي أن العادة لا تجري بتطليق الرجل زوجة جاره .

(٢) جواب (أما) بدون الفاء .

جمع الخطاب وهما متفرقان ، فإذا اجتمع العبدان ، في ملكٍ واحد منهما ، فهما في حقه مجتمعان الآن ، وهو مخاطب واحد .

وقد ذكر صاحب التقريب وجهين بعد التنبيه لما ذكرناه : أحدهما - أنهما إذا اجتمعا في يده وتصرفه ، فيوقف عنهما جميعاً إلى أن يتبين الأمر ، ويصير بمثابة ما لو كان العبدان جميعاً في ملكه أو لا ، فقال : إن كان هذا الطائر غراباً ، فعبدني سالم حرّ ، وإن لم يكن غراباً ، فعبدني غانم حرّ ، [وهوئ^(١)] الطائر وأشكل الأمر ، وهذا أصح الوجهين ، وقد قدّمت ذكره .

والوجه الثاني - أن يده لا تُقبض عن التصرف في عبده الأوّل ؛ لأن الحكم فيه هنكذا جرى ، فلا نغير الحكم المتقدم ، وإنما نمنعه من التصرف في عبده الذي ش ٩٠ اشتراه ، فإن هذا عبد جديد / ، فنجدّد فيه حكم الوقف ، ثم لا نقطع في العبد الثاني بالحرية ، ولكن نقفه عن التصرف فيه إلى أن يبين حقيقة الأمر ، والوجه الأوّل أقيس . والله أعلم .

* * *

باب الهدم

٩٢٤٦- إذا طلق الرجل الحرّ زوجته ثلاثاً أو استوفى العبدُ ما يملك ، فطلق زوجته طلقتين ، حرمت الزوجة وحرم نكاحها ، ثم يمتدّ تحريم النكاح إلى التحليل ، كما قدمنا وصفه في الأبواب المتقدمة ، وقد أطلق الفقهاء أن وطء الزوج المحلل يهدم الطلقات الثلاث ، وترجمة الباب توافق هذا ، ولهذا فيه استعارة وتجوّز ؛ فإن الطلاق بعد وقوعه لا يتصور هدمه ، ولكن الطلاق الواحد والاثنين في حق الحر لا يحرم عقد النكاح ، بل إن كان رجعيّاً ، لم يخف حكمه ، وإن كان مُبِيناً ، فلا بدّ من نكاح جديد ، وإن استوفى ما يملك من الطلاق ، تعلّق باستيفائه تحريم النكاح ، ثم هو في التوقيف ووضع الشرع ممتد إلى اتفاق التحليل والتخلّي من الزوج المحلل ، ثم يقال : انقضت الطلقات الثلاث ، وانتهى حكمها ، وصارت المرأة إذا نكحها الأول بمثابة أجنبية ينكحها الرجل ابتداءً ، فيملك عليها ثلاث طلقات .

ثم أطلق الفقهاء الهدم وعنوا به أنها تعود بثلاث طلقات ، ولم يُريدوا أن تلك الطلقات الواقعة تُهدم بعد وقوعها وتزول ؛ إذ لو زالت ، لعادت المرأة منكوحّة الأول من غير احتياج إلى نكاح جديد .

ولو طلق امرأته طلقاً أو طلقتين ، ولم يستوف العدد ، فانسرحت المرأة ونكحت وأصبحت ، ثم تخلّت ، ونكحها الأول ؛ فإنها تعود إلى الأول ببقية الطلاق عندنا وعند محمد ، وقال أبو حنيفة^(١) : إذا نكحت ووطئها الزوج ، ثم تخلّت عن النكاح والعدة ونكحها الأول عادت إليه بثلاث طلقات ، والمسألة مشهورة في الخلاف .

(١) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٤٠٩/٢ مسألة ٩١٤ ، رؤوس المسائل : ٤٢٠ مسألة ٢٩٢ ، المبسوط : ٩٥/٦ ، طريقة الخلاف : ١٠٠ مسألة ٤٢ ، إنبار الإنصاف : ١٦٢ ، الغرة المنيفة : ١٦٠ .

وقد نجزت المسائل المنصوصة في (السواد)^(١) وما يتصل بها .

وهذا الكتاب من بين الكتب كثير الفروع والشعب ؛ فإنه مبني على الألفاظ ، ولا نهاية لما ينطق الناطقون به تنجيذاً وتعليقاً ، وينضم إلى دَرْك الصيغ أمورٌ تتعلق بالعوادات ، والحاجة تَمَسُّ إلى الإحاطة بحقيقتها ضمّاً إلى دَرْك الألفاظ ، ونحن لا نألو جهداً في الإتيان بها والتنبيه على ضوابطها فيها ، وتقرير أصولٍ تهدي إلى المراشد فيما نذكره ، وفيما ينسلّ عن ذكرنا وحفظنا ، ونحرص أن نُجري الفروع مصنفةً ، ونذكرها صنفاً صنفاً وما لا يدخل تحت ضبط التنويع نجмعه في مسائل شتى ، وإلى الله الرغبة في التوفيق ، وهو بإسعاف راجيه حقيق .

فروع في تعليق الطلاق بالحيض :

٩١٧- إذا قال لامرأته : إن حضت ، فأنت طالق ، اقتضى ذلك حيضةً مستأنفة ، حتى لو كانت في خلال/ حيض ، لم تطلق في الحال ؛ حتى تطهر ثم تحيض ، والسبب فيه أن الشرط يستدعي استئناً ، وبقية الشيء لا تكون استئناً فيه لساناً وعرفاً ، حتى لو قال لامرأته والثمار مُدركةٌ إذا أدركت الثمار ، فأنت طالق ، اقتضى ذلك إدراكاً مستأنفاً يأتي في العام القابل .

ثم إذا رأت دماً مستأنفاً ، لم نحكم بوقوع الطلاق ، وإن كان على ترتيب الأدوار ؛ فإنه قد ينقطع دون أقل الحيض ويكون دمٌ فسادٍ ، والطلاق معلق بالحيض ، فإذا استمر الدم المسبوق بطهرٍ كامل يوماً وليلةً ، تبينا أنه دم حيضٍ ، ثم الطلاق يتبين وقوعه مستنداً إلى أول جزءٍ من الدّم ؛ [فإنّا]^(٢) تحققنا آخرّاً أن ما رأته أولاً دمٌ حيضٍ وتوقّفنا ، كان لتبين .

ويعترض في ذلك أنها إذا رأت الدّم ، فهل يجب اجتنابها في الاستمتاع ناجزاً ؟ هذا بمثابة ما لو قال : إن لم تكوني حاملاً ، فأنت طالق ، وقد ذكرنا في ذلك بياناً كافياً .

(١) السّواد : المراد مختصر المزني ، كما أشرنا مراراً من قبل .

(٢) في الأصل : فأما .

٩٢٤٨- ثم إذا قالت المرأة - وقد علّق الطلاق بحيضها - : « قد حضت » ، فالقول قولها مع يمينها ، ولو كذبها الزوج ، فلا معتبر بتكذيبه .

والذي عليه التعويل في ذلك يبيّن بتقسيم : فإن علّق الرجل طلاق امرأته بأمرٍ يظهر ويُتصور إثباته بالبينة مثل أن يقول : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، فإذا زعمت أنها دخلت ، وأنكر الزوج دخولها ، لم نصدقها ، ولم نقض بوقوع الطلاق حتى يثبت الدخول بالبينة .

ولو قال : إن حضت ، فأنت طالق ، فقالت : « حضت » ، صدّقت مع يمينها ، وقال الفقهاء : النساء مؤتمنات في أرحامهن ، وزاد زائدون بياناً وقالوا : لا يتبين الحيض إلا من جهتها ؛ فإن الدّم في عينه ، وإن رُئي ، فلا يمكن القضاء عليه بكونه حيضاً ، ما لم تخبر بترتيبٍ في أدوارها ، يقتضي ذلك كون ما تراه حيضاً .

فهذا ما ذكره الأصحاب ووراءه كلام يأتي الشرح عليه ، إن شاء الله .

ولو قال لامرأته : إن زנית ، فأنت طالق ، فزعمت أنها زنت ، فالمذهب الذي عليه التعويل أنا لا نحكم بوقوع الطلاق ؛ من جهة أن الزنا يفرض الاطلاع عليه لا من جهتها .

وقال بعض أصحابنا كل عملٍ خفيٍّ لا يفرض الاطلاع عليه ، فهي مصدقة فيه ، والزنا منه ، وهذا حائد عن التحقيق غير معدودٍ من المذهب .

ولو قال الرجل لامرأته : إن أضمرت بُغضِي ، فأنت طالق ، فزعمت أنها أضمرت ، وقع الطلاق ، وإن اتُّهمت ، حُلِّفت ؛ إذ لا مَطَّلَع على مكنون الضمائر إلا من جهات أصحابها ، فلا وجه إلا أن نصدقها ، وهذا أصل جارٍ في القصد والنيات المعتبرة .

٩٢٤٩- وما ذكره الأصحاب من الفرق بين الأفعال التي يتطرق إليها إمكان الإثبات وبين ما لا يُعلم إلا من جهة المرأة يكاد يوافق مذهب مالك^(١) في ادعاء المودّع التلف ، فإنه قال : إن ادعى سبباً جلياً يظهر مثله ويتأتى في الغالب الإشهاد عليه ، فلا يقبل

(١) ر . حاشية الدسوقي : ٣ / ٤٣٠ ، جواهر الإكليل : ١٤١ / ٢ .

ش ٩١ قوله ، وإن ادعى / سبباً خفياً يعسر الإشهاد عليه ، فيصدق حينئذٍ .

وعندنا لا فرق في المودع إذا أمكن صدقه ، وذلك الكتاب مبني على أن صاحب الوديعة [يحل] ^(١) محلل المؤمنین في إيداعه ، فكان التزام تصديقه فيما يمكن صدقه [فيه] ^(٢) ، ولم يوجد من الزوج ائتمان المرأة في جلبي ولا خفي ، فامتاز هذا بوضعه عن المودع وقياسه ، وبأن أنا إنما نصدق المرأة في ذكر الحيض ، والإعراب عن معنى في الضمير يفرض متعلقاً للطلاق ؛ من جهة أن كل معلّتي [بصفة ، ففضية] ^(٣) كلامه إمكان وقوع الطلاق عند وجود الصفة ؛ فإن من ضرورة التعليق ترديد الأمر ، فإذا كان [لا مطلق] ^(٤) على ما جعله متعلق الطلاق إلا من جهتها ، وهي في التقدير مكذّبة ، فكيف الوقوع [ونفس] ^(٥) تعليقه - وما به التعليق لا يأتي إلا من جهتها - في حكم الالتزام لتصديقها . وهذا أظهر من التزام المودع تصديق المودع ؛ فإن ذلك المعنى [لا يستد] ^(٦) في ذلك الكتاب ما لم يُعضد بمصلحة الإيداع ، كما قرّرناه في موضعه .

٩٢٥٠- ومما يتعلق بهذا الأصل أنه لو قال لإحدى امرأتيه : إن حضت ، فصرّتك طالق ، فإذا زعمت أنها حاضت ، لم نحكم بوقوع الطلاق على صرّتها ، وإنما تُصدق في حق نفسها إذا علق طلاقها بحيضها ، وهذا يكاد يخرم ما مهدّناه من قولنا : لا يُطلع على الحيض إلا من جهة المرأة ، ويعترض أيضاً على ما ذكرناه عضداً للكلام ، إذا ^(٧) قلنا : التعليق يتضمن إمكان وقوع الطلاق على الجملة .

وسبيل الجواب عما نبهنا عليه أن المرأة إذا علق طلاقها بحيضها ، فليست مصدقة من غير يمين ، وكل مؤتمن ، فمعنى ائتمانه الاكتفاء بيمينه ، ثم تحليفها ممكن في حق نفسها ، وإذا علق طلاق الضرّة بحيضها ، فإن لزم تصديقها من غير يمين ، كان بعيداً ،

(١) في الأصل : (احمل) .

(٢) في الأصل : منه .

(٣) في الأصل : « معلق بصيغة كلامه » ، والمثبت تصرف من المحقق على ضوء السياق .

(٤) في الأصل : لا يطلع .

(٥) في الأصل : فنفس .

(٦) في الأصل : يستمر .

(٧) إذا : بمعنى (إذ) .

فإنه إثبات الطلاق من غير حُجّة ، وإن حلفت ، كان تحليفها لغيرها - ولا تعلق للخصام بها - محالاً .

وقد يرد على هذا ما يتم البيان بالجواب عنه ، وهو أن الرجل إذا قال لامرأته : إن حضت ، فأنت وضرتك طالق ، فزعمت أنها حاضت ، فهي مُصدّقة مع يمينها ، والطلاق واقع عليها ، ولا يلحق ضرّتها وإن ثبت حيضها بيمينها المرتبطة بخاصّتها ، والجواب أن اليمين وإن اشتملت على حق الحالف وحق غيره ، فإذا ثبت حق الحالف ، لم يثبت حق غيره ؛ إذ الأيمان بعيدة عن قبول النيابة ، وعن إثبات الحقوق لغير الحالفين .

ولو مات رجل وخلف ابنين وديناً ، فادعى أحد الابنين الدين ، وأقام شاهدين يثبت بالبينه حقه وحق أخيه ، ولو أقام شاهداً واحداً ، وحلف معه ، لم يثبت من الدين إلا حصّته ، وإن تعرّض في اليمين لواقعة يشتمل ذكرها على تمام الدين .
فهذا قاعدة الفصل .

٩٢٥١- وإذا قال : إن حضت حيضةً ، فأنت طالق / ، اقتضى ذلك حيضةً تبدئها ٩٢ ي وتختتمها بخلاف ما لو قال : إن حضت ، فأنت طالق ، فإننا نحكم بوقوع الطلاق مع أول جزء من الحيض إذا تبيّناه باستمرار الدم يوماً وليلة .
وإذا قال : إن حضت حيضةً ، اقتضى ذلك حيضةً كاملةً ، ثم الطلاق يقع مع انقضاء الحيضة ؛ فإنه متعلق الطلاق .

وإذا قال لامرأته : إن حضتما فأنتما طالق ، فلو حاضت إحداهما لم تطلق الحائض ، ولا صاحبتهما ؛ فإنه علق الطلاقين على الحيضين ، فلا وقوع ما لم تحيضا .

ولو قال : إن حضتما حيضةً ، فأنتما طالق ، فللأصحاب وجهان : أحدهما - لا يقع على واحدة ، وإن حاضتا ؛ لأن مُطلقَ هذا اللفظ يقتضي أن تحيضا حيضةً واحدةً ، وهذا مستحيل ؛ فإنهما إذا حاضتا ، فالصادر منهما حيضتان ، فكأن الطلاق معلق بمستحيل .

والوجه الثاني - أنه يقع ؛ لأن حمل قوله : « حيضة واحدة » على حيضة واحدة من كل واحدة ممكن ، وإذا أمكن تنزيل اللفظ على ممكن له تصوّر ، وجب حمل اللفظ عليه ؛ فإن مبنى النطق على ألا يُلغى ما أمكن استعماله ، وهذا قطب في الكتاب ، فليتنبه المرء له ، وهو إذا تردّد اللفظ^(١) على وجه يحتمل استحالةً ويحتمل إمكاناً ، فمن الأصحاب من لا يُبعد الحمل على الاستحالة ؛ حتى لا يقع الطلاق ، ومنهم من يوجب الحمل على الإمكان حتى لا يلغو اللفظ ؛ فإن التعرض للاستحالات يكاد أن يكون كالهزل ، وهزلُ الطلاق جدّ . وعن هذا قال قائلون : الطلاق المعلق بالاستحالة على التصريح يتنجز ولا يتعلق .

ومن الأصل الذي نبهنا عليه قول القائل لامرأته وأجنبية : « إحدكما طالق » ، فإذا زعم أنه أراد الأجنبية ، فهو من فنّ الحمل على المحال ، وفيه التردد الذي ذكرناه في فروع باب الشك .

وإذا قال لامرأته : إن حضمتا ، فأنتما طالقان ، فقالتا : حضنا ، نظر : فإن صدّقهما ، طُلّقتا ، وإن صدق إحداهما وكذّب الأخرى ، طُلّقت المكذّبة^(٢) ، لأن صاحبتهما مصدّقة وقولها في حق نفسها مقبول .

هذا ما ذهب إليه جماهير الأصحاب ، ووجهه ما نبهنا عليه من أن المكذّبة مصدّقة في حق نفسها ، والمصدّقة يثبت حيضها بتصديقها ، وأما المصدّقة ، فإنها لا تطلق ؛ فإن حيضها وإن ثبت في حقها ، فحيض المكذّبة لا يثبت في حقها ، فلم تطلق المصدّقة ؛ من جهة أن حيض المكذّبة غير ثابت في حقها .

وإذا كذبها لما قالتا : حضنا ، لم تطلق واحدة منهما : هذه لا تطلق ؛ لأن حيض صاحبتهما مردود في حقها ، والأخرى لا تطلق بمثل هذه العلة .

(١) في الأصل : إذا تردّد اللفظ له على وجه يحتمل استحالة . . .

(٢) تطبيق المكذّبة ؛ لأنه وقع الحيضان ، حيضها بإقرارها - فيما لا يعرف إلا من جهتها - وبحيض صاحبتهما .

وعدم تطبيق المصدّقة ؛ لأنه لم يقع الحيضان بالنسبة لها ، فهي مصدّقة في حيضتها ، أما صاحبتهما ، فلا اعتداد بحيضها وقد كذّبت .

٩٢٥٢- وإذا قال لأربع نسوة : إن حضتني ، فأنتن طوالق ، وقلن : حضنا ، فإن صدقهن ، طلقن وإن كذبهن ، لم تطلق واحدةً منهن ، لا لأنها مكذبة في حق نفسها ، ولكن لأن طلاق واحدة لا يقع ما لم يثبت حيض الجميع ، وحيض صواحبات/ كل ٩٢ ش واحدة لا يثبت في حقها ، وظهور ذلك يغني عن الإطناب فيه .

وإن صدق واحدةً منهن وكذب ثلاثاً ، فلا تطلق واحدة ، وتعليه ما مضى ، وكذلك إن صدق ثنتين وكذب ثنتين ، وإن صدق ثلاثاً وكذب واحدةً ، طلقت المكذبة ؛ لأنها مصدقة في حق نفسها ، وقد ثبت حيض صاحباتها بتصديق الزوج ، ولا يطلق المصدقات ، ولا واحدة منهن ؛ لأن حيض المكذبة لا يثبت في حقوقهن . وإذا تمهدت الأصول ، وجب الاكتفاء في التفريع بالمرازم .

٩٢٥٣- فإذا قال : إن حاضت واحدة منكن ، فصواحباتها طوالق ، فإذا حاضت واحدة ، لم تطلق الحائض ، وطلقت صواحباتها ، طلقة طلقة ، وقد ذكرنا أنه لو كذب هذه ، لم تطلق صواحباتها .

فإن قيل : كيف يصدقها ولا حجة ؛ فإنها لا تحلف في حق الغير لو كذبت ، ولا يعلم الزوج صدقها قطعاً ، والطلاق لا يقع من غير تثبت ، وإن قيل إقرار الزوج يلزمه موجب قوله ، فكل إقرار له مستند ، فما مستند إقرار الزوج ، وهو لم يتعرض لإقرار مرسل بوقوع الطلاق ، وإنما قال : « صدقت في ادعاء الحيض » .

وهذا السؤال له وقع ؛ إذ لو قال الزوج : سمعتها ، وأنا أجوز أن تكون صادقةً وكاذبةً ، ويغلب على ظني صدقها ، فلو لم يذكر إلا هذا ، لم نحكم بوقوع الطلاق ، وإذا قال : صدقت ، فلا مستند لتصديقها إلا هذا ، وقد قال الشافعي : إذا اعترف السيد بوطء أمته ، ولم يدع استبراءً ، لحقه النسب ؛ فإنه لو استلحقه ، لم يُسند إليه ما ذكرنا ، فلا جرم جعل الشافعي الإقرار بالوطء استلحاقاً ؛ إذ الاستلحاق معناه الإقرار بالوطء . فهذا نهاية السؤال .

وقد سمعت بعض أكابر العراق يحكي عن القاضي أبي الطيب^(١) أنه حكى عن

(١) القاضي أبو الطيب الطبري . سبقت ترجمته .

الشيخ أبي حامد^(١) تردداً في الحكم بوقوع الطلاق إذا لم يكن للتحليف وجه ، فأما إذا حلفها ، والمعلق طلاقها ، فاليمين حجة ، وحجج الشريعة مناط الأحكام ، وينتظم منه [أنه]^(٢) إن اكتفى بتصديقها ولم يُحلفها ، فالحكم بوقوع الطلاق مشكّل كما ذكرناه .

وهذا نقلته وأسندته ، ولست أعتمد ذلك ؛ فإن المعتمد ما أطبق الأصحاب عليه ، وقد تتبعت طرقاً منقولة عن الشيخ أبي حامد ، فوجدتها عريّة عن ذلك .

وسبيل دفع السؤال أن جواز الحلف قد يستند إلى مخايل وأحوال دالة على الصدق ؛ حتى جوّرنّا للمرأة أن تحلف على نية الزوج الطلاق ، ولا مستند ليمينها إلا مخايلُ تبيّنها من قصده ، ولا قطع ؛ إذ لو كانت تيك المخايلُ تورث قطعاً ، لما صدّق الزوج في أنه لم ينو الطلاق ، فإذا كان مثل هذا مستند الحلف ، والحلفُ حجة ، فإذا استند الإقرار إليه كيف لا نحكم به ، وإنما ذكرت السؤال والجواب ، ونقلَ التردد ، حتى نُرسخ التنبه لما ذكرته في قلب الناظر .

٩٣ ي ٩٢٥٤- ولو قال : أيتكن حاضت ، فصواحباتها/ طوالق ، فقلن : « حضنا » . إن كذّبهنّ ، لم تطلق واحدةً منهنّ ، وإن صدّقهنّ ، طُلّقن ثلاثاً ثلاثاً ؛ لأن لكل واحدة منهن ثلاث صاحبات ، فتأتيها ثلاث طلاقات من جهاتهنّ .

وإن صدّق واحدةً ، طلقت صواحباتها طلقةً طلقةً بلا مزيد ، ولم تطلق المصدّقة . وإن صدق ثنتين ، طلقت كل واحدة من المصدّقتين طلقةً لأن لها صاحبةً مصدّقةً ، فتأتيها من جهة صاحبها طلقة ، وطلقت المكذّبتان طلقتين طلقتين ؛ لأن لكل واحدة منهما صاحبتين مصدّقتين ، وإن صدّق ثلاثاً وكذّب واحدة ، طُلقت المكذّبة ثلاثاً ؛ إذ لها ثلاث صاحبات مصدّقات ، فتأتيها من جهاتهن ثلاث طلاقات ، وتطلق كل واحدة من المصدّقات طلقتين ؛ لأن لكل واحدة صاحبتين مصدّقتين .
فهذا بيان أصول هذه الفروع والإرشاد إلى كيفية تفريعها .

(١) الشيخ أبو حامد الإسفراييني . سبقت ترجمته .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

فروع في تعليق الطلاق بالولادة .

٩٢٥٥- قد قدمنا الأصل المقصود في ذلك فيما سبق ، فإن عاد فيما نجدّه بعض ما سبق احتمل ، فلو قال لأربع نسوة : إن ولدتن فأنتن طوالق ، فلا تطلق واحدة ما لم تلدن .

ولو قال : كلما ولدت واحدة منكن ، فأنتن طوالق ، فولدت واحدة ، طلقت الوالدة طلقاً ، وطلقت صواحباتها طلقاً طلقاً ؛ فإن الولادة متحدة بعد ، فإذا ولدت الثانية وقد كانت في العدة عن الطلقة التي لحقتها ، انقضت عدتها في الجديد ، ولم تلحقها طلقاً أخرى ، والأولى لما ولدت وطلقت استقبلت العدة بالأقراء ، وإذا كانت في بقية من عدتها ، فتلحقها بولادة الثانية طلقاً ثانية ، والثالثة والرابعة تلحقها طلقتان .

هذا الذي ذكرناه في الثانية تفریع على الجديد ، وإن فرعنا على القديم ، قلنا : يلحقها أيضاً طلقاً ثانية ، وتستقبل العدة بالأقراء ، وهذا قول لا ينقدح لي توجيهه ، وقد نقلت ما قيل فيه .

فإذا ولدت الثالثة ، انقضت عدتها في الجديد عن طلقتين ، وطلقت الأولى الطلقة الثالثة إن كانت في بقية العدة ، وتطلق الرابعة ثلاثاً ، وفي القديم تطلق الثالثة الطلقة الثالثة ، وتستقبل الأقراء ، وتلحق الطلقة الثالثة الثانية .

ومهما فرضت ولادة في مطلقة جارية في العدة ، والطلاق يتعلق بالولادة ، فالقول الجديد مقتضاه انقضاء العدة ، والانسراح وعدم لحوق الطلاق ، والقول القديم مقتضاه وقوع الطلاق واستقبال العدة بالأقراء .

وهذا في الولادة المبرئة للرحم ، وقد مهدنا لهذا فيما تقدم .

٩٢٥٦- وإذا قال : كلما ولدت واحدة منهن فصواحباتها طوالق ، فولدت واحدة ، طلقت صواحباتها طلقاً طلقاً ، فإذا ولدت الثانية - والتفریع على الجديد ، ولا عود إلى القديم - انقضت عدتها عن طلق ، ووقعت على الأولى طلقاً ، وكملت للثالثة والرابعة/ طلقتان ، فإذا ولدت الثالثة ، انقضت عدتها من طلقتين وكملت للأولى ٩٣ ش

طلقتان ، والرابعة ثلاث ؛ فإذا ولدت الرابعة ، انقضت عدتها عن ثلاث وكملت للأولى ثلاث إن كانت في بقية العدة .

وإن ولدت ثنتان منهن دفعةً ، ثم ثنتان دفعةً ، وقعت على كل واحدة من الأوليين طلقة من جهة صاحبتهما . وعلى كل واحدة من الآخرين طلقتان بولادة الأوليين ، إذ تأتي كل واحدة منهما طلقتان من الولادتين ، فلما ولدت الأخريان ، وقع على كل واحدة من الأوليين - على تقدير بقاء العدة - طلقتان أخريان ، فتكمل الثلاث في حق كل واحدة من الأوليين ، ولم يقع على الآخرين بولادتهما شيء في الجديد ؛ لأنهما ولدتا معاً ، فصادف آخر انقضاء العدة في كل واحدة من الآخرين ولادة الأخرى ، وإذا وجدت صفة الطلاق في حال انقضاء العدة ، فلا فرق بين أن تكون تلك الصفة ولادة غيرها وبين أن يكون ولادتها .

فهذا بيان هذه الفروع ومنشؤها ، وما لم نذكر منها ، فالمذكور مرشد إليه .

فروع في المسائل الدائرة :

٩٢٥٧- إذا قال الرجل لامرأته : إذا طلقتك ، فأنت طالق قبله ثلاثاً ، فطلقها ، لم يقع عند ابن الحداد ، ومعظم الأصحاب ، وهذا مما يجزئ ثبوت الطلاق فيه سقوطه ، وإذا كان كذلك ، استدارت المسألة ، وسقطت من أصلها ؛ لأننا لو أوقعنا الطلقة التي نجزها ، للزمن أن نوقع ثلاثاً قبلها ، ولو وقعت الثلاث قبلها ، لامتنع وقوع هذه المنجزة ، وإذا امتنع وقوعها ، امتنع وقوع الثلاث قبلها ، فهذا معنى دورانها .

وذهب الشيخ أبو زيد إلى أن الطلقة المنجزة تقع ، وهذا مذهب^(١) أبي حنيفة ، واحتج محمد لأبي حنيفة ، بأن الجزاء إذا رُتب على الشرط ، ترتب عليه ، ولا يترتب الشرط ، على الجزاء في وضع الكلام ، فيجب على هذا المقتضى تحقيق الشرط ، والنظر في الجزاء ، فإن أمكن إمضاؤه أمضي ، وإن كان من عسر ، انحصر على الجزاء ، فأما أن ينعطف الجزاء على الشرط ، فبعيد عن وضع الكلام ، وتمسك أبو زيد باستبعاده في انسداد باب الطلاق .

وهذا ليس بذلك .

ووضع ابنُ الحداد هذه المسألة وذكر فيها زيادةً مستغنى عنها ، فقال : إذا [قال : « إن^(١) طلقته طلاقاً أملك رجعتك بعدها ، فأنت طالق قبلها ثلاثاً » ولا حاجة إلى التقييد بالرجعة ، فإن المسألة تدور دون ذكرها لو قال : « إذا طلقته ، فأنت طالق قبله ثلاثاً » .

وإن قال : إن طلقته طلاقاً أملك رجعتك ، فأنت طالق قبلها طلقين أفادت الزيادة ، ودارت المسألة ، فلا تقع المنجزة ، ولا المعلقة ؛ فإنه لو وقعت المنجزة ، لوقعت قبلها طلقتان ، وتكون المنجزة ثالثة ، والثالثة لا تستعقب الرجعة .
ولو أطلق فقال : « إذا طلقته ، فأنت طالق قبلها طلقين » فإذا طلقها / طُلِّقَتْ ٩٤ ي ثلاثاً ولا دَوْر .

وإن قال لغير المدخول بها : إذا طلقته ، فأنت طالق قبلها طلاقاً ، دارت المسألة ؛ فإنه لو وقعت المنجزة ، لوقعت قبلها طلاقاً ، ولبانت المرأة ، ثم لا تلحقها المنجزة بعد البينة ، وتدور .

وإذا فرعنا على القول بالدَّور وأراد الزوج أن يتَّخذه ذريعةً ، فليقل : إذا طلقته ، فأنت طالق قبله ثلاثاً . ثم إذا أراد طلاقاً ، فليوكل ؛ فإن تطليق الوكيل لا يندرج تحت تطليق الزوج .

ولو قال : مهما وقع عليك طلاقي ، فأنت طالق قبله ثلاثاً ، فينحسم عليه باب التطليق والتوكيل^(٢) على القول بالدور .

وقد يلزم على مذهب ابن الحداد تصوير انسداد الطرق من كل وجه بأن يقول : « مهما وقع عليك طلاقي ، فأنت طالق قبله ثلاثاً ، ومهما فسخت نكاحك ، فأنت طالق قبله ثلاثاً » ، فلا ينفذ منه لا فسخ ولا طلاق .

٩٢٥٨- ومذهب من ينكر الدورَ تنفيذُ المنجزة وردُّ ما قبلها . هذا هو المشهور .

(١) زيادة من المحقق .

(٢) أي : وباب التوكيل .

وذكر الشيخ أبو علي وجهاً على إبطال الدور أنها تطلق ثلاثاً ، قال : ثم اختلف الصّائرون إلى ذلك في وجه وقوع الثلاث ، فمنهم من قال : يقع الثلاث المشروطة تقدمها ، ولا تقع هذه التي أنشأها ، وكأنه قال : مهما تلفظت بإنشاء طلاقة ، فأنت طالق قبلها ثلاثاً ، فوقع الثلاث موقوف على لفظه ، وإن كان لا يقع بلفظه طلاق منجز . وهذا رديء لا خروج له إلا على مذهب من يحمل اللفظ المطلق على الفاسد والصحيح جميعاً ، وعليه خرّج قول للشافعي فيه إذا أذن الرجل لعبده في النكاح ، فنكح نكاحاً فاسداً ووطئ ، قال في قول : يتعلق المهر بكسبه . وهذا بعيد لا يفرع على مثله .

قال الشيخ : وقال قائلون : تقع الواحدة التي أنشأها واثنتان من الثلاث المعلّقة .

٩٢٥٩- فانظّم أوجه : أحدها - الدّور والقول به ، وعليه تفرّيع معظم الأصحاب .

والثاني - وقوع ما ينجز ؛ لأنه شرط ، وإبطال الجزاء .

والثالث - تكميل الثلاث ، ثم له مأخذان حكاهما الشيخ ، كما بيناهما .

٩٢٦٠- ولو كانت المرأة غير مدخول بها ، فقال : مهما طلقك ، فأنت طالق قبلها ، فالمسألة تدور على مذهب ابن الحداد ، كما ذكرنا . فأما على مذهب أبي زيد فالطّقة المنجزة تقع ، ومن قال ممن يخالف ابن الحداد في المسألة الأولى بوقوع الثلاث ، فلا يوقع هاهنا أكثر من طّقة واحدة ؛ فإن الطّقتين متباينتان زماناً ووقتاً ، ويستحيل لحوق طّقتين كذلك بامرأة غير مدخول بها ، ولكن اختلف هؤلاء في أن تلحقها الطّقة المعلّقة أو المنجزة ، والمذهب عندهم وقوع المنجزة .

٩٢٦١- ومن صور الدّور في العتق أن العبد إذا كان مشتركاً بين شريكين ، فقال

أحدهما وهو موسر : مهما أعتقت نصيبك ، فنصيبك حرّ قبل نصيبك ، والتفرّيع على تعجيل السّراية ، فمهما^(١) أعتق الشريك ، لم ينفذ عتقه ، فإنه لو نفذ ، لنفذ عتق

ش ٩٤ شريكه قبله / وسرى إلى نصيبه ، ثم كان لا ينفذ عتقه .

ولو ذكر كل واحد منهما لصاحبه مثل ذلك - وهما موسران - لم ينفذ عتق واحد منهما .

أما أبو زيد ، فإنه يمنع ذلك ويشترط على ابن الحداد ؛ فإنه استبعد انحسام الطلاق على المطلق ، وهذا حَسْمُ الإعتاق على المالك مَن ليس مالكا ، فكأن كل واحد منهما حجر على صاحبه أن يتصرف بأقوى التصرفات في ملكه .

٩٢٦٢- ومن صور الدور في هذه الأجناس أن يقول لامرأته : إن وطئت وطأ مباحاً ، فأنت طالق قبله . فإذا وطئها ، لم يقع الطلاق ؛ فإنه لو وقع ، لما كان الوطء مباحاً . قال الشيخ^(١) : وأبو زيد يوافق في هذا ؛ فإن الذي نحاذره انحسام الطلاق وانسداد باب التصرف ، وهذا لا يتحقق في تعليق بفعل^(٢) واحد .

ولو قال لامرأته : إن ظاهرتُ عنكِ أو آليت عنكِ ، فأنت طالق قبله ثلاثاً ، فلا يصح الإيلاء والظهار على أصل ابن الحداد للدور ، وعند أبي زيد يصح الإيلاء والظهار ؛ فإنه سد باب من التصرفات ، ولا يقع الطلاق قبلهما .

ومن المسائل أن يقول للرجعية : إن راجعتك ، فأنت طالق قبلها ثلاثاً ، فلا يصح الرجعة عند ابن الحداد للدور ، ويصح عند أبي زيد ، حتى لا يؤدي إلى حَسْم التصرف .

ومن الصور أن يكون للرجل امرأة وعبد ، فيقول لامرأته : مهما دخلت الدار وأنت زوجتي ، فعبدتي حر قبل دخولك ، وقال لعبده مهما دخلت الدار وأنت عبدي ، فزوجتي طالق قبل دخولك ، ثم دخلا معاً ، لم تطلق المرأة ، ولم يعتق [العبد]^(٣) وتعليه بين ، والشيخ أبو زيد لا يخالف في هذه المسألة ؛ لأنه ليس فيه سد باب . وذكر الشيخ صوراً واضحة ، لم أر في ذكرها فائدة . ومن فقه نفسه^(٤) لا يتصور أن

(١) الشيخ المراد به - كما هو اصطلاح المؤلف - أبو علي السنجي ، وهو هنا يحكي عن أبي زيد قوله بالموافقة .

(٢) في الأصل ضبطت بفعل .

(٣) زيادة من المحقق .

(٤) فقه نفسه : أي صار فقيه النفس ، وإمام الحرمين يجعل فقه النفس أحد شروط الاجتهاد ؛ فهو =

تُلْقَى عليه مسألة دائرة ، فلا يتنبه أما من احتدّت قريحته ، فإنه يبتدر فهمَ الدّور ، ومن كان في دركه ببطء يتبين الدّورَ إذا لم تنتظم المسألة .

٩٢٦٣- ومما ذكره أن قال : من أصحابنا من حكى عن ابن سريج أنه قال : إذا قال لامرأته : مهما^(١) طلقتك طلقة أملك فيها الرجعة ، فأنت طالق ثلاثاً ، قال ابن سريج - فيما حكاه هذا الحاكي : تدور المسألة ، ولا يقع المنجّز ولا المعلق ؛ لأنه لو وقع ما نجّز ، لوقع الثلاث ، وإذا وقع الثلاث ، لم تثبت الرجعة ، وإذا لم تثبت ، لم تقع الثلاث ، فلا يقع .

قال الشيخ : حكى عنه هذا ، ونُسب إلى كتاب له يسمى « كتاب العيبة »^(٢) ولم ينقلوا في هذه المسألة التقييد « بما قبل » [فلم]^(٣) يقل : مهما طلقتك طلقة أملك الرجعة ، فأنت طالق (قبلها) ثلاثاً . قال الشيخ : ابن سريج أجلّ من أن يقول ذلك ، ففعل المنقول سقطه من كاتب أو ناقل ، والمسألة لا تدور ، والثلاث تقع ؛ لأنه إذا طلق واحدة ، استعقبت الرجعة ، ووقع الثلاث على الاتصال بها مترتبة عليها ، وهي التي تقطع الرجعة ؛ فلا وجه/ في الدور .

ولكن لو قال : إن طلقتك طلقة رجعية ، فأنت طالق معها ثلاثاً ، فإذا طلقها ، فيجوز أن تخرّج المسألة على وجهين : أحدهما - لا يقع شيء ؛ لأن الثلاث تقترن بالطلقة المنجّزة ، فلا تكون رجعية ، فتدور المسألة .

والوجه الثاني - يقع الكل على الترتيب ، وإن قيّد بالجمع .

وهذا كاختلاف أصحابنا في أنه لو قال لغير المدخول بها : إذا طلقتك ، فأنت

⁼ الذي يمكن صاحبه من الإحاطة بالفقه ، فيقول : « والصنف الثاني من العلوم - التي يجب على المجتهد الإحاطة بها - الفن المترجم بالفقه . . . وأهم المطالب في الفقه التدرّب في مآخذ الظنون في مجال الأحكام ، وهذا هو الذي يسمى فقه النفس ، وهو أنفس صفات علماء الشريعة » (ر . الغياثي : فقرة رقم : ٥٨٢) .

(١) مهما : بمعنى إذا .

(٢) في الأصل : الغيبة .

(٣) في الأصل : لم .

طالق [طلقة معها طلقة]^(١) ، فطلقها هل يقع الطلقة المعلقة ؟ فيه وجهان ذكرناهما .

وعندي أن المسألة المنقولة عن ابن سريج على وجهها ؛ فإنه قال : إذا طلقك طلقة أمك فيها الرجعة ، ولا يتصور ملك الرجعة مع وقوع الثلاث ، فلا تتحقق الصفة^(٢) ، وإذا لم تتحقق ، لم يقع [الثلاث]^(٣) . وتحقيق ذلك أنه لا يفرض حال فيها رجعة [لا يصادمها]^(٤) وقوع الثلاث ؛ فالثلاث تمنع الرجعة ولا تقطعها ، فلا وجه لاستبعاد الشيخ ؛ فإن ما ذكره إن كان متجهاً ، فما ذكره ابن سريج أو حكي عنه لا ينحط عن وجه ظاهر .

فروع متعلقة بالتعليق بصفات الأولاد والحمل

٩٢٦٤- قد ذكرنا أنه لو قال لها : إن كنت حاملاً ، فأنت طالق ، فأنت بولد لأقل من ستة أشهر ، طلقت ، وإن أتت به لأكثر من أربع سنين ، لم تطلق . وإن أتت لأقل من أربع [سنين]^(٥) وأكثر من ستة أشهر ، فقد تقدم التفصيل فيه .

ونحن نشيء الآن فروعاً تتعلق بتغاير الصيغ والألفاظ .

٩٢٦٥- فإذا قال : إن كنت حاملاً بذكر ، فأنت طالق ، وإن كنت حاملاً بأنثى ، فأنت طالق طلقين ، فإن وضعت ذكراً فحسب ، انقضت عدتها عن طلقة ؛ فإنه لم يتعلق الطلاق بالولادة ، وإن وضعت أنثى فحسب ، انقضت عدتها عن طلقين ، ولو وضعت ذكرين فحسب ، فالطلقة واحدة ، لا تزيد بزيادة الذكور ، وكذا إن وضعت أنثيين ، فيقع بالثنتين ما يقع بالواحدة ، ولو وضعت ذكراً وأنثى ، انقضت عدتها عن ثلاث ؛ فإننا تبينا أنها حامل بذكر وأنثى ؛ فلحقها الثلاث ، ولم يتوقف [وقوع الطلاق]^(٦) على الولادة ، حتى نقع في تفريع مصادفة وقوع الطلاق انقضاء العدة .

(١) في الأصل : إذا طلقك ، فأنت طالق معه . والمثبت من تصرف المحقق .

(٢) الصفة : أي الرجعة ، كما صرح بذلك في صفوة المذهب .

(٣) زيادة لاستقامة المعنى .

(٤) في الأصل : لا يصادفها .

(٥) زيادة لاستقامة الكلام .

(٦) زيادة اقتضاها السياق .

٩٢٦٦- ولو قال : إن كان حملك ذكراً ، فأنت طالق طلقاً . وإن كان أنثى ، فأنت طالق طلقتين ، فإن وضعت ذكراً فحسب ، [انقضت]^(١) عدتها عن طلق . وإن وضعت أنثى ، انقضت عدتها عن طلقتين ، وإن وضعت ذكراً وأنثى ، لم يقع عليها شيء ؛ لأن قوله : « إن كان حملك ذكراً » يقتضي أن يكون جميع حملها ذكراً ، وكذلك قوله : « إن كان حملك أنثى » يقتضي كون جميع الحمل أنثى ؛ فإذا كان البعض ذكراً والبعض أنثى ، لم توجد الصفة في الوجهين جميعاً ، فلم يقع شيء .

ولو كانت المسألة بحالها ، فأنت بذكرين لا أنثى معهما ، أو أنت بأنثيين لا ذكر معهما ، فقد قال القاضي : يقع الطلاق ، وقوله : إن كان حملك ذكراً محمول على جنس الذكور/ ، وقوله : إن كان حملك أنثى محمول على جنس الإناث .

وهذا ليس على وجهه عندنا ، وكان شيخنا يقول : إذا أتت بذكرين ، لم يقع شيء ؛ فإن حملها زائد على ذكر ، فهو كما لو أتت بذكر وأنثى ، والاسم المنكور مقتضاه التوحيد في مثل ذلك ، فإذا أتت بعدد ، فصفة التوحيد غير متحققة ، وصار كما لو أتت بذكر وأنثى ، والمسألة مفروضة فيه إذا كانت مطلقاً ، والحكم بوقوع الطلاق حملاً على الجنس في صورة الإطلاق بعيد .

نعم ، إن قال : أردت الجنس ، فنحكم بوقوع الطلاق للاحتمال الذي يديه ، وقد ذكرنا أن الطلاق يقع باحتمال خفي إذا أَراده الرجل .

٩٢٦٧- ولو قال : إن كان ما في بطنك ذكراً فأنت طالق طلقاً ، ولو كان ما في بطنك أنثى ، فأنت طالق طلقتين ، فهو كما لو قال : إن كان حملك ذكراً وإن كان حملك أنثى . ولو قال : إن كان في بطنك ذكر ، فأنت طالق واحدة ، وإن كان في بطنك أنثى ، فأنت طالق ثنتين ، فإذا ولدت ذكراً وأنثى ، تبينا أنها طلقت ثلاثاً قبل الوضع ، وانقضت عدتها بآخر الولدين ، والفرق ظاهر ؛ فإن قوله : إن كان ما في بطنك تعبير عن جميع ما في البطن ، وقوله : إن كان في بطنك لا يتضمن حصراً ، ولكن يتضمن كون الذكر والأنثى ، أو كونهما .

(١) في الأصل : انقطعت .

ولو قال : إن كان مما في بطنك ذكر ، فأنت طالق طلقاً ، وإن كان مما في بطنك أنثى^١ ، فأنت طالق طلقين ، فهذا لا يقتضي أولاً كون جميع الحمل ذكراً أو أنثى ؛ فإن كلمة (من) للتبعيض . ولكن لو أتت بذكر ، فالذي أطلقه الأصحاب أنها تطلق طلقاً ، وإن لم يشتمل رحمها على غيره ، ولو كان في رحمها أنثى فحسب ، طلقت طلقين . وهذا فيه بعض النظر ، والوجه ألا يقع شيء إذا أتت بولدٍ واحدٍ ؛ لأن (مما) مركَّبٌ من (من وما) و(من) للتبعيض ، فكأن الطلاق معلقٌ بالذكر إن كان بعضاً من الحمل ، وإذا كان وحده لم يتحقق هذا المعنى . وكذلك القول في الأنثى الفردة .

ولو أتت بذكرين ، وقع الطلاق ؛ لتحقيق التبعيض ، وكذلك القول في الأنثيين . ولو قال : إن كنت حاملاً بذكر ، فأنت طالق واحدة ، وإن كنت حاملاً بأنثى ، فأنت طالق ثنتين ، فإن وضعت ذكراً ، فطلقاً ، وإن وضعت أنثى فطلقتان ، وإن وضعت ذكراً وأنثى ، انقضت عدتها عن ثلاث طلاقات . وكل ما ذكرناه فيه إذا كان الطلاق معلقاً على الحمل .

٩٢٦٨- فأما إذا علق بالولادة ، فقد تمهّدت الأصول فيها ، ولكننا نذكر مسائل .

فإذا قال : إن ولدت ذكراً ، فأنت طالق طلقاً ، وإن ولدت أنثى ، فأنت طالق طلقين ، فلو ولدت ذكراً فحسب ، وقعت عليها طلقاً ، واعتدت بالأقراء ، فإن ولدت أنثى [فحسب]^(١) فطلقتان ، وتعتمد بالأقراء . وإن ولدت ذكراً وأنثى ، فإن وضعتهما متعاقبين دفعةً واحدةً ، طلقت/ ثلاثاً ، واستقبلت العدة بالأقراء .
وإن وضعتهما على الترتيب ، نظر : إن وضعت الذكر أولاً ، فطلقاً وانقضت عدتها بالأنثى في الجديد عن طلقاً .

(١) في الأصل : « فَبَسْ » و(بَسْ) كلمة فارسية معناها : حَسْب : أي فقط . (المعجم الكبير ، والمعجم الوسيط) .

ولقد هممتُ بتركها في الصلب كما هي ، لاحتمال أن تكون من الإمام ، لكنني عدت فاستبعدت ذلك ، ورجحت كونها سبق قلم من الناسخ والله أعلم .

وإن وضعت الأنثى أولاً ، فطلقتان ، وانقضت عدتها بالذكر عن طلقتين ، على المذهب الجديد .

ولا يخفى القديم والتفريع عليه .

وإن أشكل المتقدم منهما ، أخذنا بالأقل وحكمنا بوقوع طلاق .

وإن وضعت ذكرين وأنثى ، نُظر : فإن وضعتهما ثم وضعت الأنثى ، لحقتها طلاق بالأول فحسب ، وانقضت العدة بالأنثى .

وإن وضعت الأنثى أولاً ، ثم وضعتهما على الترتيب ، لحقتها طلقتان ، وطلقة أخرى بالأول من الذكرين ، وانقضت العدة بالثاني .

وإن وضعت الذكرين بعد الأنثى ملتفتين معاً ، لحقتها طلقتان بالأنثى ، وانقضت العدة بوضع الذكرين على الجديد ، وعلى القديم يلحقها طلاق بأحد الذكرين بعد الشئتين ، وتستقبل العدة بالأقراء .

وإن وضعت في هذه الصورة ذكراً ، ثم أنثى ، ثم ذكراً ، فطلقة ، ثم طلقتان ، وتنقضي العدة بالذكر الثاني عن ثلاث . وإن وضعت ذكراً وأنثيين ، فالقياس على ما مضى .

٩٢٦٩- ولو كانت له امرأتان عمرة وزينب ، فقال : كلما ولدت واحدة منكما ، فأنتما طالقان ، فولدت عمرة يوم الخميس [ولداً]^(١) ، وزينب يوم الجمعة ولداً ، ثم ولدت عمرة يوم السبت ولداً آخر ، وزينب يوم الأحد ولداً آخر ، فنقول : لما ولدت عمرة وقعت على كل واحدة منهما يوم الخميس طلاق ، ووقعت على كل واحدة منهما يوم الجمعة طلاق أخرى ، ثم تنقضي عدة عمرة بما ولدت يوم السبت عن طلقتين في الجديد ، ووقعت بها طلاق أخرى على زينب ، فكمل لها الثلاث وانقضت عدتها بولادتها يوم الأحد عن ثلاث .

ولو قال : إن ولدت أنثى ، فأنت طالق طلقتين وإن ولدت ولداً ، فأنت طالق طلاق ، فولدت أنثى ، طُلِّقت ثلاثاً ؛ لأنها وضعت ما يسمى ولداً وما يسمى أنثى ، فهو

كما لو قال : إن كلمت رجلاً ، فأنت طالق ، وإن كلمت زيداً فأنت طالق وإن كلمت فقيهاً ، فأنت طالق ، فكلمت زيداً وكان فقيها طلقت ثلاثاً لاجتماع الصفات الثلاث به .

فروع في تعليق الطلاق بالحلف بالطلاق .

٩٢٧٠- إذا كانت له امرأتان زينب وعمرة ، فقال : إن حلفت بطلاقكما ، فعمرة طالق ، ثم قال ثانية وثالثة : إن حلفت بطلاقكما ، فعمرة طالق ، فلا يقع الطلاق أصلاً ، فإنه انعقد يمينه أولاً ، ثم لم يحلف بعدها بطلاقهما ، بل حلف بطلاق عمرة ، فإن المحلوف بطلاقها هي التي تطلق ، ولم يقع التعرض إلا بوقوع الطلاق على عمرة ، وهو قد علق الطلاق على أن يحلف بطلاقهما .

فلو قال أولاً : إن حلفت بطلاقكما فعمرة طالق ، ثم قال : إن حلفت بطلاقكما ، فزينب طالق ، فلا تطلق/ بعد واحدة منهما ؛ فإنه علق طلاق عمرة على الحلف ٩٦ ش بطلاقهما ، فليقع بعد ذلك حلف بطلاقهما ، ولم يحلف بعد ذلك إلا بطلاق زينب ، فلو ذكر الحلف بطلاق زينب مراراً ، فلا يقع الطلاق أصلاً .

ولو ذكر عمرة أولاً على الصيغة التي ذكرناها ، ثم ذكر زينب على الصيغة التي وصفناها ، ثم ذكر عمرة مرة أخرى ، فتطلق عمرة الآن ؛ فإنه حلف بطلاقها أولاً ، وعلق طلاقها بأن يحلف بطلاقهما ، ثم جرى بعد ذلك حلف بطلاق زينب ، ثم حلف بطلاق عمرة ، فقد تحققت الصفتان ، واجتمع اليمينان في حقها . وأما زينب ، فلم يوجد بعد الحلف بطلاقهما بعد الحلف بطلاق زينب .

فصوّر واحكم ، وهذا سهل المدرك .

٩٢٧١- ولو كانت له امرأتان ، فقال : أيما امرأة لم أحلف بطلاقها منكما ، فصاحبها طالق ، قال صاحب التلخيص^(١) : إذا سكت ساعة يمكنه أن يحلف فيها بطلاقهما فلم يحلف ، طلقتا ، ولو قال مرة أخرى : « أيما امرأة لم أحلف بطلاقها ، فصاحبها طالق » على الاتصال باليمين الأولى قال : قد برّ في اليمين الأولى ؛ فإنه

قال : أيما امرأة لم أحلف بطلاقها ، فإذا كرّر هذه اللفظة مرة أخرى ، فقد حلف بطلاقها جميعاً ، وبرّ في اليمين الأولى ، ولكن انعقدت يمين أخرى ، فإن كرّر ثلاثاً على الاتصال ، برّت اليمين [الثانية] ^(١) ، وانعقدت اليمين الأخرى ، فلو سكت عقيب اليمين الأخيرة لحظةً يتصور فيها الحلف بالطلاق ، فلم يحلف طُلّقنا جميعاً .

والمسألة فيها إشكال ؛ من قبل أنه جعل ما يجري مقتضياً للفور ، حتى قال : لو سكت عقيب اللفظ لحظة ، حكم بوقوع الطلاق بالحلف الأوّل ، قال الشيخ أبو عليّ : عرضت هذه المسألة على الشيخ القفال ، وعلى كل من شرح التلخيص ، فصوّبوه .

والذي يقتضيه القياس عندي أن قوله : أيما امرأة لم أحلف بطلاقها ، فغيرها طالق ، لا يقتضي الفور أصلاً ، ولو سكت على ذلك ، لم نحكم بوقوع الطلاق على واحدة منهما إلى أن يتحقق اليأس بأن يموت هو أو تموتا ^(٢) .

وإنما قلنا ذلك ، لأن الذي يقتضي الفور في هذه المنازل هو الذي ينطوي على ذكر وقتٍ مع التعلق بالنفي ، مثل قوله : أيّ وقتٍ لم أطلق ، أو إذا لم أطلق ، أو متى لم أطلق ، وقد نصّ الأصحاب على أنّه إذا قال : « متى لم أطلقك » فهذا يقتضي الفور ، ولو قال : « إن لم أطلقك » فهذا على التراخي . وقوله : أيما امرأة ليس فيه تعرض للأوقات أصلاً .

والذي ذكره الشيخ أوضح من أن يُحتاج فيه إلى الإطناب ، ولست أدري لما ذكره صاحب الكتاب وجهاً .

فإن قيل : قد نصّ الأصحاب على أنه لو قال لامرأته : (كلما) لم أطلقك ، فانت طالق ، فهذا على الفور ، وليس فيه تعرّض للوقت ؟ قلنا : هذه/ المسألة صحيحة ،

(١) في الأصل : الثالثة .

(٢) نسب ابن أبي عصرون هذا إلى صاحب التلخيص ، وجعله من كلامه ، ونصّ عبارته : « وقال صاحب التلخيص : وعندي أنه لا يقتضي الفور ، ولا تطلق واحدة منهما حتى نئس بموته أو بموتهما ، لأن مقتضى الفور ذكر الوقت مع النفي » ا . هـ بنصه (ر . صفوة المذهب : جزء (٥) - ورقة : ٣٦ شمال) .

وأجمع أهل العربية على أن (ما) في كلما ظرف زمان ، وأما قوله : فأیما امرأة فد « أي » تسمية المرأة .

ولو قال : أنت طالق ما لم أطلقك ، فهذا على الفور أيضاً ؛ فإن (ما) في هذه المنزلة بمثابة (إذا) ، فهو ظرف زمان .

٩٢٧٢- ومما نذكره في الحلف بالطلاق أن الرجل إذا قال لامرأته : إن حلفت بطلاقك ، فأنت طالق ، ثم قال لها : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، طلقت بهذا التعليق ؛ فإنه حلف بطلاقها .

وبمثله لو قال بعد الكلام الأول : إذا طلعت الشمس ، فأنت طالق ، لم تطلق ، هكذا ذكره ابن سريج رحمه الله ، واعتل بأن اليمين ما يقصد بها استحثاث على إقدام ، أو على إحجام ، وذكر طلوع الشمس في الصورة التي ذكرناها تأقيت ، ليس فيه حث على فعل ولا على ترك فعل ، وقد وجدت الأصحاب على موافقته .

ولو قال : إذا دخلت الدار ، فأنت طالق ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أن هذا يمين ؛ لأن قصده المنع ، فصار كما لو قال : إن دخلت الدار .

والثاني - إنه ليس بيمين ، والاعتبار باللفظ ، وإذا للتأقيت .

ولو قال : إن طلعت الشمس ، فأنت طالق ، فقد ذكر بعض أصحابنا وجهين في أن هذا هل يكون يميناً ؟ وهذا زلل ؛ فإن ما لا يتصور الاستحثاث عليه لا يفرض اليمين فيه كيف صرفت العبارات .

مسائل شتى وفروع مختلفة :

٩٢٧٣- إذا قال لامرأته : إن بدأتك بالكلام ، فأنت طالق ، فقالت : إن بدأتك بالكلام ، فعبدني حرّ ، ثم كلمها ، ثم كلمته ، لم تطلق هي ، ولم يعتق عبداً ؛ لأن الزوج بتكليمها بعد عقد يمينها ، لم يكن بادئاً بالكلام ، وإنما كان تالياً ، فإنها بدأتها بقولها : إن بدأتك بالكلام فعبدني حرّ ، والرمز في مثل هذا كافٍ ، فلا نبسط بعد هذا ، إلا في محل الحاجة .

ولو قال لواحد : إن بدأتك بالسلام ، فعبدني حرّ ، فقال له ذلك الإنسان : إن

بدأتُك بالسلام ، فعبدني حرّ ، فسلم كل واحد منهما على صاحبه دفعةً واحدةً ، لم يحنث واحد منهما ؛ لأنه لم يوجد منهما البداية بالسلام ، وانحلت اليمين .

فلو سلم أحدهما بعد ذلك ، لم يحنث ؛ فإن سلامه لا يقع ابتداءً مع ما تقدم .

فَرَجٌ : ٩٢٧٤- إذا قال لها : إن أكلت رمانةً فأنت طالق ، وإن أكلت نصف رمانة ، فأنت طالق ، فأكلت رمانةً كاملة ، طُلقَتِ ثنتين ، لأنها أكلت رمانةً ونصفَ رمانةً ، وهذا من الأصول ؛ فإنّ (إن) [وإن] ^(١) كان لا يقتضي تكراراً ، فإذا ذكر لفظ (إن) وجريّ موجودٌ واحد تحت اسمين ، فقد وجد الاسمان ، فالتعدد من تعدد الاسم ، لا من التكرار .

ولو قال لها : إن أكلت رمانةً ، فأنت طالق ، وقال : كلما أكلت نصف رمانة ، فأنت طالق ، فأكلت رمانة ، طُلقَتِ ثلاثاً ، وهذا من أصل التكرار ، وقد أكلت نصفي رمانة ورمانة ، وفي المسألة الأولى تحقق اسمان : الرمانة ونصف الرمانة .

فَرَجٌ : ٩٢٧٥- إذا كانت له امرأتان حفصة وعمرة ، فقال : مَنْ بَشَّرَ بِقُدُومِ زَيْدٍ ، ش ٩٧ فهي طالق ، فبشرته حفصة/ ، ثم عمره ، طُلقَتِ حفصة ، ولم تطلق عمره ؛ لأن البشارة هي الأولى .

ولو ذكرت حفصة كاذبةً ، لم تطلق ، فإذا ذكرت عمره صادقة ، طُلقَت .

ولو بشره أجنبي بقدوم زيد صادقاً ، ثم بشرته أو إحداهما ، لم يقع الطلاق . والبشارة الكلام الأول الصدق الذي يقرع سمع الإنسان .

ولو بشرته معاً صادقتين ، طُلقَتَا .

ولو قال : من أخبرني بقدوم زيد فهي طالق ، فأخبرته على الجمع أو على الترتيب صادقتين أو كاذبتين ، طُلقَتَا ؛ فإن اسمَ الخبر يتناول ذلك كله .

٩٢٧٦- فرع لابن الحداد : إذا كان له امرأتان زينب وعمرة ، فنادى عمره ، وقال : يا عمره ، فأجابت زينب ، فقال : « أنت طالق » ، فنَسَقَ صِلُ الزَوْجِ أولاً ، ونقول : هل عرفت أن التي أجابتك زينب أم ظننتها عمره ؟ فإن قال : عرفت أن التي أجابتني

زينب ، فيقال له : فما كان قصدك بعد ذلك ؟ فإن قال : أردت تطليق زينب ، ولم أرد تطليق عمرة ، فيقبل قوله ؛ إذ قد ينادي الرجل امرأة ، ثم لا يطلقها ويطلق غيرها ، وربما نادى عمرة لشغل ، فلما [أجابته]^(١) زينب غاظه ذلك ؛ فطلقها ، فليس من ضرورة النداء السابق أن تكون المناداة مطلقة .

ولو قال : علمت أن التي أجابني زينب ، ولكنني أردت بقولي : « أنت طالق » تطليق عمرة ، لا تطليق زينب . أما عمرة فتطلق ظاهراً وباطناً ، فإنه سمّاها ، وقال : أنت طالق ، وأما زينب ، فتطلق ظاهراً ، فإنه خاطبها بالطلاق ، ولا يقبل ما قاله ظاهراً في درء الطلاق عن زينب ، ولكن يُدَكِّن باطناً .

وفي هذا فضل نظر ؛ فإنه إن نادى واسترسل في كلامه ، ولم يربط قوله : « أنت طالق » بانتظار جواب ، ويان ذلك في جريانه في الكلام واتحاد جنس صوته ونغمته ، ثم قال : أردت عمرة ، لم تطلق إلا عمرة ظاهراً وباطناً . وقد أوضحنا فيما تقدّم ظهور أثر النغمات والتقطيعات .

فأما إذا نادى منتظراً جواباً ، فاتّصل جواب زينب ، فقال : أنت طالق ، وربط بالنعمة قوله على جواب زينب ، فعند ذلك نقول : تطلق زينب ظاهراً وعمرة لا يظهر طلاقها والحالة هذه ، غير أنه إذا قال : نويّتها صدق ظاهراً ، وإلا فلا يتصور ظاهراً على التنافي ، غير أننا ذكرنا أن القصد الخفي في الوقوع ملحق بالظاهر .

هذا كله إذا قال : علمت أن المجيبة زينب .

٩٢٧٧- فأما إذا قال : حسبت أن التي أجابني عمرة ، وما ظننتها زينب [فخاطبتها]^(٢) بالطلاق على ظن أنها عمرة .

قال ابن الحداد : أما عمرة ، فلا تطلق ؛ فإنه ناداها وسمّاها ، ثم خاطب بالطلاق غيرها ، فانقطع خطاب الطلاق عن النداء ، فنجعل كأنّ النداء لم يكن ، فلا يبقى فيها غلقة إلا أنه ظن المخاطبة عمرة ، وهذا لا يقتضي وقوع الطلاق على عمرة ؛ فإنه لو

(١) في الأصل : أجابتها .

(٢) في الأصل : فخاطبتها . والمثبت تصرّف من المحقق ساعدنا عليه الإمام ابن أبي عصرون .

ي ٩٨ خاطب واحدةً من نسائه وقال : أنت طالق ، ثم قال / خاطبتها على ظن أنها عمرة ، فإذا هي زينب ، فيقع على زينب المخاطبة ، ولا تطلق عمرة . هذا قولنا في عمرة . وهل تطلق زينب التي أجابت ؟ ذكر فيه وجهين : أحدهما - تطلق ، وهو الظاهر ، ولهذا قطعنا الطلاق عن عمرة ، ولو قيل : المخاطبة تطلق ظاهراً والتي ناداها أولاً هل تطلق أم لا ؟ فعلى وجهين ، لكان محتملاً .

قِرْعٌ : ٩٢٧٨- إذا كان تحته امرأتان ، فقال لإحدهما : أنت طالق إن دخلتِ الدار ، لا بل هذه ، وأشار إلى الأخرى ، قال أصحابنا : إن أطلق لفظه ، وتحقق أنه رام تطليق الثانية بقوله : « لا بل هذه » فمطلق ذلك يقتضي أن المرأتين جميعاً تطلقان . إذا دخلت الأولى الدار .

ومعنى الكلام : « أنت طالق إن دخلتِ الدار لا بل هذه عند دخولك » ؛ فلا يصح رجوعه عن طلاق الأولى ويثبت الثانية ، فيقع الطلاق عليهما جميعاً عند دخول الأولى .

ولو قال : أردت بقولي : « لا بل هذه » أن هذه تطلق إذا دخلت هي بنفسها الدار ، فهل يُقبل ذلك منه أم لا ، فعلى وجهين : أحدهما - يُقبل منه ويحمل الكلام عليه للاحتمال الظاهر فيه ، وحقيقة عطف هذه على الأولى أن تكون مثلها وشريكها في المعنى . ثم الأولى لا تطلق إلا بدخول الدار ، فكذلك الثانية ينبغي ألا تطلق حتى تدخل بنفسها الدار ؛ إذا فُسِّر قوله بهذا .

والوجه الثاني - وهو اختيار القفال - أنه لا يقبل ذلك منه في الثانية على هذا الوجه ، ولكن يحمل لفظه على طلاق الثانية بدخول الأولى ، ولا يصدق فيما قاله من إرادة دخولها بنفسها ، وتمسك فيما قاله بمسألة ، وهي أنه قال : الطلاق يقع بالكنية تارةً وبالصریح أخرى ، والأيمان لا تنعقد بالكنيات ، وبيانه أنه لو قال لإحدى امرأتي : أنت طالق إذا دخلت الدار ، ثم قال للأخرى : أنت شريكها ، فإن أراد بذلك أن الثانية تطلق إذا طلقت الأولى ، فيقبل منه ذلك ، وإن أراد بذلك أنها إذا دخلت الدار بنفسها طلقت ، كالأولى إذا دخلت ، فلا يقبل ذلك منه .

وهذه المسألة التي استشهد القفال بها ربما لا تسلم دعوى الوفاق فيها ، والقول

الجامع فيه : أنه لو حلف بالله على فعلٍ أو تركٍ ، ثم قال : الفعلُ الآخرُ مثلُ الفعلِ [الأول] ^(١) ، فلا يكون حالفاً ؛ فإن عماد اليمين بالله تعالى ذكر الاسم المعظم ، ولم يجر ذلك الاسم في الفعل الثاني الذي أشار إليه .

وإذا قال لإحدى امرأته : أنت طالق ، ثم قال لضرتها : « أنت شريكتها » ونوى التسوية بينهما في الطلاق ، فهذا مقبول . ولو قال لإحدى امرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق ، ثم قال للأخرى أنت شريكتها ، وأراد أنك تطلقين إذا طلقت فهذا يثبت ؛ فإنه إشراك في الطلاق عند وقوعه .

ولو علق طلاق الأولى بصفة ، ثم قال للأخرى : « أنت شريكتها » ونوى تعليق طلاقها بالدخول ، فهذا محل الوجهين ؛ فإن هذا/ يتردد بين الإشراك في اليمين وبين ٩٨ ش الإشراك في الطلاق ، فإذا قلنا : يقبل الإشراك في الطلاق ، فالتعليق قريب منه ، ومن لم يقبل قوله في حق الثانية إن قال : أردت تعليق طلاقها بدخول نفسها ، فلا يوقع عليها طلاقاً إذا دخلت الأولى ، بل تلغى اللفظة ، ولو قال لإحدى امرأته : « إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، لا بل هذه » ثم زعم أنه نوى تعليق طلاق الثانية بدخولها في نفسها ، فإن قبلنا هذا ، فلا كلام ، وإن لم نقبله ، حكمنا بأنها تطلق بدخول الأولى ؛ فإن قوله : « لا بل هذه » يترتب على كلام صريح في الطلاق منتظم معه انتظاماً يقتضي الطلاق لا محالة ، وقوله : أنت شريكة الأولى كلامٌ مبتدأ مترددٌ ، فإن حمل على محمولٍ غير صحيح ، بطل اللفظ والحمل .

فَرَجُ : ٩٢٧٩- إذا قال الرجل وتحت امرأتان : زينب وعمرة ، فقال لزينب : إن طلقتك ، فعمرة طالق ، وقال لعمرة : إن طلقتك ، فزينب طالق ، فقد علق طلاق عمرة ابتداءً ، ثم علق طلاق زينب انتهاءً ، فلو طلق عمرة أولاً تنجزاً ، طُلِّقَتْ ، وطلقت زينب ؛ فإنه قال : إن طلقت عمرة ، فزينب طالق ، [وهل] ^(٢) تطلق عمرة طلقة أخرى غير المنجزة بسبب أن الطلاق وقع على زينب - وقد قال : إن طلقت زينب فعمرة طالق - ؟

(١) زيادة لاستقامة الكلام .

(٢) في الأصل : فهل .

طريق التحقيق في ذلك أن نقول : قد قال ابتداء : إن طلقت زينب فعمرة طالق ، فمهما أنشأ بعد ذلك تعليق طلاق زينب ، ثم وقع الطلاق بالصفة ، فقد طلق زينب ، ومعلوم أنه بعد ما ذكر أولاً تعليق طلاق عمرة ، علق بعد ذلك طلاق زينب ، حيث قال آخراً : إن طلقت عمرة ، فزينب طالق ، فلما طلقت زينب بوجود الصفة ، فتعود طلاقة إلى عمرة لا محالة ، فتطلق طلقتين : طلاقة بالتنجيز ، وطلقة بالصفة ، وزينب لا تلحقها إلا طلاقة واحدة .

ولو كان المسألة بحالها ولكنه طلق زينب أولاً ، فتطلق عمرة ؛ فإنه قد قال ابتداء : « إن طلقت زينب ، فعمرة طالق » ولا تعود طلاقة إلى زينب ؛ وذلك أنه لم يعلق طلاق زينب إلا انتهاء ، لما قال : إن طلقت عمرة ، فزينب طالق ، فينبغي أن تطلق بعد هذا عمرة إنشاء ، أو يتبدىء ، فيعلق بعد ذلك طلاقها ، ولم يوجد بعد القول الأخير تعليق طلاق عمرة ، وإنما علق طلاقها قبل ذلك .

وعبرة هذه المسألة أنه لو قال لامرأته زينب : « إن دخلت الدار ، فأنت طالق » ، ثم قال لعبد : « إن طلقْتُ زينب ، فأنت حرّ » ، فإذا دخلت الدار وطلقت ، لم يعتق العبد ؛ فإن تعليق طلاق المرأة سبق تعليق العتق .

وبمثله لو قال [لعبد] ^(١) أولاً : « إن طلقته ، فأنت حرّ » . ثم ابتداء بعد ذلك فعلق طلاقها بدخول الدار ، فإذا دخلت ، طلقت وحصل العتق .

ي ٩٩ هذا هو الأصل ، وقد يحوِّج/ بعض الصور إلى مزيد فكر .

فَوَيْعُ : ٩٢٨٠- الذمي الحرّ إذا نكح امرأة وطلقها واحدة ، ثم نقض العهد ، واسترق ، فأراد أن ينكح امرأته التي طلقها في الحرّية طلاقة واحدة ، فنكحها بإذن السيد ، ملك عليها طلاقة واحدة ؛ فإنه طلقها من قبل طلاقة ، وهي محسوبة ، ثم نكح وهو رقيق ، ولا يملك الرقيق إلا طلقتين ، وقد استوفى إحداهما .

وبمثله لو نكح في الكفر امرأة وطلقها طلقتين ، ثم التحق بدار الحرب ، فاسترق بعد نقض العهد ، وأراد أن ينكح تلك المرأة بعينها ، قال ابن الحداد : له ذلك ،

ويملك عليها طلبة واحدة ؛ والعلة فيه أنه لما طلقها في الحرّية ، لم تحرّم عليه ، إذ هو حر ، فيستحيل أن يقال : طرّد الرق يحرم عليه امرأة لم تكن محرمة في الحرية .

قال الشيخ : من أصحابنا من قال : إذا طلقها ثنتين في الحرّية ، ثم استرق ، فأراد أن ينكح تلك المرأة قبل أن تنكح غيره ، فليس له ذلك ؛ فإنه الآن عبد ، وما مضى من الطلاق محسوب عليه ، وقد سبقت طلقتان ، فيجعل كأنهما سبقتا في الرق .

والصحيح الأول .

ومما [يلحق]^(١) بهذه المسألة : أن العبد إذا طلق امرأته طلبة واحدة ، ثم عتق ، فيملك عليها طلقتين في الحرّية ، وبمثله لو طلق طلقتين ، ثم عتق فالذي ذكره الأصحاب بأجمعهم أنه لا ينكحها حتى تنكح غيره .

قال الشيخ : رأيت لبعض أصحابنا وجهاً غريباً أنه إذا عتق ، فله أن ينكحها على طلبة ، وهذا قد يخرج على الوجه الذي حكيناه في الحرّ الذمي إذا طلق طلقتين ثم استرق ، فإن قلنا : الاعتبار برقه في الحال ، فلا [ينكحها]^(٢) . فنقول : الاعتبار بالحرية الطارئة ، والحرّ يملك ثلاثاً ، وهذا بعيد جداً . ولكن حكى الشيخ الوجهين في المسألتين ، وصرّح بالحكاية .

فَرَجَّ : ٩٢٨١- إذا قال لامرأته التي لم يدخل بها : إذا دخلت الدار ، فأنت طالق واحدة ، ثم قال لها قبل الدخول : إذا دخلت الدار ، فأنت طالق ثنتين ، فإذا دخلت الدار ، طلقت ثلاثاً ؛ فإن مضمون اليمينين يقعان معاً .

ولو قال لغير المدخول بها : « أنت طالق وطالق » ، فلا تلحقها إلا الطلقة الأولى .

ولو قال لعبد من عبيده : إذا مت ، فأنت حرّ ، ثم قال لآخر هكذا : إذا مت فأنت حر ، فإذا مات لم يقدّم المذكور أولاً بالحرية وإن قدّم ذكره ، فهذا نظير تعليقيين متعاقبين .

(١) في الأصل : يليق .

(٢) في الأصل : ينكح .

ولو قال في مرضه : « سالم حرّ وغانم حر » فسالم مقدم ؛ فإن العتق ينفذ فيه قبل التعبير عن غانم ، وهذا نظير ما لو قال لغير المدخول بها : أنت طالق وطالق ، ولو قال لغير المدخول بها : إذا طلقتك ، فأنت طالق ، فطلقها ، وقعت المنجزة ، ولم تقع الأخرى بعدها ؛ فإن المنجزة متقدمة ، وقد أوضحنا هذا في الأصول .
ولو قال : مهما^(١) أعتقت سالمًا ، فغانم حرّ ، فإذا أعتق سالمًا ، فيكون عتقه مقدّمًا على عتق غانم عند ضيق التركة .

٩٩ ث ٩٢٨٢- ولو قال لغير المدخول بها : « إذا/ طلقتك ، فأنت طالق مع الطلقة المنجزة » ثم طلقها ، فهل يقع الطلقة الأخرى عليها ؟ فعلى وجهين ذكرهما رضي الله عنه : أحدهما - يقعان ؛ لاجتماعهما واقترانهما .
والثاني - لا يقع إلا المنجزة ؛ فإنه غاير بينهما في اللفظ .

قال : وكذلك اختلف أصحابنا في أنه لو قال : إذا أعتقت سالمًا فغانم حر معه ، ثم أعتق سالمًا ، فهل يقدّم عتقه على عتق غانم ، فعلى وجهين .
وكل ذلك مما قدمنا أصوله ، فإن أعدنا شيئاً مما سبق ، فالقصد الإفادة لا الإعادة .

٩٢٨٣- ومما ذكره رضي الله عنه أنه لو قال لغير المدخول بها : « أنت طالق طلقة قبلها طلقة » قال : في المسألة ثلاثة أوجه : أحدها - لا يقع عليها شيء ، وتدور المسألة ، فإذا وقع عليها [طلقة]^(٢) وهي غير ممسوسة ، فلا تلحقها الثانية ، وإذا لم تلحقها الثانية ، لم تلحقها الأولى ؛ فإن الارتباط مشروط بينهما .
والوجه الثاني - تلحقها طلقتان : أما الواحدة فبقوله : أنت طالق طلقة ، وأما الثانية بقوله^(٣) قبلها طلقة ، فيلغو قوله : « قبلها » فيكون كما لو قال : أنت طالق الشهر الماضي ، فكأنه جمع عليها طلقتين .

(١) مهما : بمعنى (إذا) .

(٢) عبارة الأصل : « فإذا وقع عليها واقعة قبلها أخرى ، وهي غير ممسوسة . . . » والمثبت تصرف من المحقق على ضوء المفهوم من المسألة .

(٣) بقوله : جواب (أما) بدون الفاء .

وهذا ضعيف لا اتجاه له .

والوجه الثالث - أنه تلحقها طلقة واحدة ، وهو المشهور نقلاً وتعليلاً ، وسرّ الدّور في هذه المسألة قد ذكرته فيما تقدّم ، وأوضح أن هاتين الطلقتين تقعان على المدخول بها بدفعتين في زمانين ، وكيف وقوعهما وترتّبهما ، فلا نعيد ما سبق . والذي زدناه الوجه الذي حكاه الشيخ في وقوع الطلاقين على غير المدخول بها .

قَرِيعٌ : ٩٢٨٤- إذا علق العبد ثلاث طلقات بصفة ، فقال لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً ، فعتق العبد أولاً ، ثم وجدت الصفة [بعد^(١)] ، فقد اختلف أصحابنا اختلافاً مشهوراً ، فذهب بعضهم إلى أنه لا يقع إلا طلقتان ، فإنه كان لا يملك غيرهما حالة التعليق ، وكان تعليقه للثالثة بمثابة تعليق الطلاق قبل النكاح .

والوجه الثاني - أن الثالثة تقع ؛ فإنه كان مالكا لأصل النكاح ، والطلاق تصرف فيه . والأقيس الوجه الأول .

وإذا قال الرّجل لأَمته : إذا علقت بمولود بعد لفظي هذا ، فهو حرّ ، فالولد الجديد إذا أتت به هل تنفذ فيه الحرية ؟ فعلى وجهين : أحدهما - لا ينفذ ؛ لأنه لم يكن مالكا لذلك المولود حالة التعليق ؛ إذ شرط كون الشيء مملوكاً أن يكون موجوداً .

والثاني - ينفذ ؛ نظراً إلى المِلْك في الأصل .

٩٢٨٥- ولو قال العبد لزوجته : إذا مات مالكي ، فأنت طالق طلقتين ، وقال السيد لذلك العبد : إذا مت ، فأنت حرّ ، فمات السيد ، وحصلت الحرية ، قال ابن الحداد : يقع طلقتان ، ويملك الرجعة ، وعَلّل فقال : لأن الطلاق [وقع بعد^(٢)] الحرية .

قال الشيخ : جوابه في المسألة صحيح ، وتعليله باطل ؛ فإنه قال : وقع الطلاق بعد الحرية ، وليس كذلك ، بل وقعا معاً ؛ فإنهما علّقوا بالموت على وجه واحد ، فلا ١٠٠ ي معنى لتقدم الحرية على الطلاق ، وإذا وقعت الطلقتان في الحرية ، اقتضى وقوعهما

(١) في الأصل : أولاً .

(٢) زيادة لا يستقيم الكلام بدونها .

فيها استعقاب الرّجعة ، وليس كما لو وقعا في الرق .

وحكى الشيخ عن بعض الأصحاب وجهاً بعيداً أنها تحرم عليه ؛ لأن الحرية لم تتقدم على الطلاق . وهذا على نهاية الضعف .

وإذا فرعنا على ما أفتى به ابن الحداد ، وهو المذهب الذي لا يجوز غيره ، فلو قال العبد لزوجته : إذا مات سيدي ، فأنت طالق^(١) في آخر جزء من حياته ، وقال السيد : إذا مت ، فعبدى هذا حرّ ، فالطلاق يقع في زمان الرق ، ولا رجعة ؛ فإن الرّجعة لا تثبت بعد الطلاق ، وإنما تثبت حيث تثبت مع الطلاق ، ومعنى وقوع الطلاق في الرق وقوع الحرمة الكبرى ، وهذا يناقض ثبوت الرجعة لا محالة ، وهذا ذكرناه على وضوحه ؛ ليقطع وهم من يظن أن وقوع الطلاق يستعقب الرجعة ، وقد يطلق الفقهاء ذلك ، وهو تجوّز منهم ، والتحقيق ما نصصنا عليه .

فَرَجْعٌ : ٩٢٨٦- لو تزوج الرجل بجارية أبيه ، وعلّق طلاقها بموت الأب ، فإذا مات ، لم يقع الطلاق على ظاهر المذهب ؛ لأن الملك يحصل في الرقبة ، وحصوله يتضمّن انفساخ النكاح ، فلو وقع الطلاق ، لكان واقعاً على مملوكته ، وهذا محال . وأبعد بعض أصحابنا ، وقال : يقع الطلاق .

وهذا وهمٌ وغلط ، وإنما تخيّل من صار إليه ؛ من حيث اعتقد أن الملك يحصل مع الموت ، والانفساخ يترتب عليه^(٢) ، كما يشتري الرجل من يعتق عليه ، فيملكه في لحظة ، ثم يعتق عليه ، فظنّ ظانّون أن الانفساخ مع الملك كذلك يكون ، وليس الأمر كذلك ؛ فإن الانفساخ يحصل مع الملك ، والملك مع النكاح يتعاقبان تعاقب الضدين ، وليس كما وقع الاستشهاد به ؛ فإننا قدّرنا ملك القريب اضطراراً ليصحّ العقد ، وهاهنا لا ضرورة إلى مناقضة الحقائق والقياس ، ولا تناقض في الحكم بالملك والفسخ جميعاً ؛ فإن الملك سيبقى بعد الانفساخ مطرداً .

وقد قال أبو إسحاق المروزي : من اشترى قريبه ، حصل الملك والعق معاً .

(١) فأنت طالق : أي طلقتين ، كما هو أصل المسألة التي نرفع عليها .

(٢) يعني أن الملك يقع أولاً ، فإذا وقع الملك ، وقع الطلاق المعلق عليه ، قبل أن يقع الفسخ المترتب على الملك .

وزعم أن موجب العتق الملك ، وموجب الملك العقد ، وقد وقع الموجبان معاً ، ثم زعم أنه لا يمتنع ثبوت حكمين نقيضين يقتضيهما القياس ، وإنما الممتنع وجود ضدّين حساً ووقوعاً .

وهذا على نهاية السقوط ؛ فإن التناقض غير محتمل شرعاً وعقلاً .

وما ذكرناه فيه إذا لم يكن عليه دين ، فإن كان عليه دين ، فالجواب على ظاهر المذهب ما ذكرناه ؛ لأن الدين لا يمنع الميراث على الصحيح من المذهب ، وقال الإصطخري : الدين المستغرق يمنع الميراث ، وعلى هذه الطريقة يقع الطلاق ؛ لأنها لا تنتقل بالموت إليه .

قَبِيحٌ : ٩٢٨٧- إذا قال لامرأته : أنت طالق مع أول موتي ، أو مع موتي ، أو قال : أنت طالق مع انقضاء عدتك ، فالمذهب أنه لا يقع الطلاق / ؛ فإنه جعل وقوع الطلاق ١٠٠ ش مقارناً بحالة لا يتصور فيها نكاح ، وإنما يقع الطلاق في وقت يفرض فيه النكاح لولا الطلاق ، فصار كما لو قال : أنت طالق بعد موتي ، أو بعد انقضاء عدتك ، والمخاطبة رجعية .

ولو قال : أنت طالق مع آخر جزء من عدتك ، فقد ذكر الأصحاب وجهين في وقوع الطلاق ، ومنع الوقوع ضعيف ساقط ، ولا تعلق لاشتراط كون محل الوقوع [محبوساً]^(١) .

وحكى الشيخ عن الخضرى أنه قال : إذا قال : أنت طالق مع موتي [أو مع]^(٢) انقضاء العدة ، يقع الطلاق ، وهذا خرجه على القول عن (الإملاء) فيه إذا قال لامرأته وهي حامل بولدين : كلما ولدت ولداً ، فأنت طالق ، فإذا ولدت الولد الأول طَلَّقْتُ^(٣) ، وإذا ولدت الثاني ، لم تَطْلُقْ بالولادة الثانية ، وتنقضي عدتها على الصحيح المنصوص عليه في الجديد .

(١) في الأصل : محتوشاً ، والمثبت من (صفوة المذهب) ، والمعنى : لا يشترط أن تكون المرأة ، التي هي محل وقوع الطلاق محبوسة للزوج ، أي ليست في العدة .

(٢) في الأصل : ومع .

(٣) طلقت : بفتح اللام وضمها ، - وهذا الضبط من نسخة الأصل - أي انحلت عنها عقدة الزواج (المعجم) .

وقال في (الإملاء)^(١) : يلحقها طليقة ثانية وتستقبل العدة بالأقراء ، ونحن نعلم أن العدة تنقضي بوضع الولد ، والطلاق المعلق بالولادة يقع مع انقضاء الولد ، فيقع الطلاق إذاً مع انقضاء العدة ، فخرجت المسألة في الموت والتعليق بالانقضاء على قولين .

قال الشيخ : القول المذكور عن (الإملاء) في نهاية الضعف ، ولا استقامة له في القياس ، فهو ممّا لا يفرّع عليه ، والتخريج على الضعيف يقود المخرّج إلى مقارنة مخالفة الإجماع .

فَرَّجُ : ٩٢٨٨- إذا نكح امرأةً حاملاً من الزنا ، فقد ذكرنا أن النكاح يصحّ ، وفي حلّ الوطء وجهان : أحدهما - أنه لا يحرم . فلو قال لها الزوج - وهي حامل من الزنا وقد وطئها - : « أنت طالق للسنة » قال ابن الحداد : لا يقع الطلاق أصلاً ؛ فإنه وطئها في طهر ووجود الحمل وعدمه بمثابة ، وقد جرى الوطء فكان الطلاق في طهر جامعها فيه .

ولو كان الحمل من الزوج ، ووطئها بعد ظهور الحمل ، ثم طلقها للسنة ، فيقع الطلاق ، فكأننا لا نجعل للحمل أثراً .

وممّا يتعلق بذلك أنها لو كانت ترى الدم وهي حامل من الزنا ، وقلنا : الحامل تحيض : فلو قال في زمن الدّم : أنت طالق للسنة ، فلا يقع الطلاق لمكان الدم ، وهي كحائض رأت الدّم .

ولو كان الحمل من الزوج ، وكانت ترى دماً ، وقلنا : إنها تحيض ، فقال لها في زمان الدم الموجود في الحبل : أنت طالق للسنة ، ففي وقوع الطلاق وجهان مشهوران ذكرناهما ، والفرق أنا لا نجعل للحمل من الزنا حكماً أصلاً .

وكان شيخي يقول : على هذا القياس يجب أن نقطع بأن الحامل من الزنا تحيض ، وهذا فيه نظر ؛ فإن اختلاف القول في أن الحامل هل تحيض أم لا ؟ أمرٌ متعلق بأن وجود الحمل هل ينفي الحيض حكماً ؟ وهذا يستوي فيه الولد النسيب والدّعي .

(١) الإملاء : أي في القديم ، فهو هنا في مقابلة الجديد .

فَبَيِّنْ : ٩٢٨٩- العبد إذا نكح امرأة وطلقها طلقين ، وتبين أن سيده قد أعتقه / ، ١٠١ ي ولم يدر أن العتق كان قبل الطلاق ، أو الطلاق كان قبل العتق ، فإن كان العتق مقدماً ، فلا شك في ثبوت الرجعة ، وإن كان الطلاق متقدماً ، فقد حرمت حتى تنكح زوجاً غيره .

وإذا أشكل الأمر ، ولم يَدْرِ ، واتفق الزوجان على الإشكال ، قال ابن الحداد : تحرّم حتى تنكح غيره ، فإنما استيقنا رقه ، وعرفنا وقوع الطلاق ، والأصل أن العتق لم يكن قبل الطلاق ، وقد وافقه معظم الأصحاب .

وذهب بعضهم إلى أن الرجعة ثابتة ؛ فإن الأصل أن تحریم العقد لم يحصل ، فلا نقضي به إلا بثبت ، والأول هو المذهب .

فأما إذا اختلف [الزوجان]^(١) فقال الزوج : أعتقت أولاً ، ثم طلقْتُ ، وقالت الزوجة : طلقْتُ أولاً ، ثم عَتَقْتُ ؛ فقد حرمتُ عليك . فإن اتفقا في وقت العتق ، واختلفا في وقت الطلاق ، مثل أن يتفقا على أن العتق كان يوم الخميس ، وقال الزوج : إنما طلقْتُ يوم السبت ، وقالت المرأة : بل يوم الأربعاء قبل الخميس ، فالقول في هذه الصورة قول الزوج ؛ فإن المطلق هو الأصل ، والطلاق يوم الأربعاء إليه ، فإذا نفاه ، انتفى .

وإذا اتفقا على وقت الطلاق ، وأنه يوم الخميس ، واختلفا في وقت العتق ، فقال الزوج : كان العتق يوم الأربعاء ، والطلاق بعده . وقالت المرأة : لا بل كان العتق يوم الجمعة ، فالقول في هذه الصورة قولها ، فإن الأصل دوام الرق يوم الأربعاء .

ولهذا نظير في الرجعة سنذكره ، ونعيد هذه المسألة وأمثالها ، إن شاء الله ، ونذكر ضابطاً في المذهب جامعاً .

فَبَيِّنْ : ٩٢٩٠- إذا قال لامرأته : أنت طالق يوم يقدّم فلان ، فقدم وقت الظهر ، فإنها تطلق . ومتى تطلق ؟ فعلى قولين مخترجين : أحدهما - أنها تطلق عقيب القدوم ، ولا يتقدم الطلاق على القدوم .

والقول الثاني - أنه إذا قديم ، بان لنا أنه وقع الطلاق مع أول الصبح ؛ فإن اسم اليوم يتحقق ذلك الوقت ، وابن الحداد فرّع على قول التبيين ، وله أصل مشهور في النذور ، سيأتي مشروحاً ، إن شاء الله .

فلو ماتت امرأته ضحوةً ، أو خالعتها ، ثم قديم فلان وقت الظهر ، والطلاق معلق بقدمه ثلاث . فإن قلنا : يقع الطلاق عقيب القدوم ؛ فلا يقع في هذه الصورة شيء ؛ فإنه قدم وهي ميتة ، أو مختلعة .

وإن قلنا بالتبيين ، [تبيين^(١)] لنا عند قدومه أنها ماتت مطلقةً ، وأن الخلع جرى بعد وقوع الثلاث ، ولا يكاد يخفى تفريع ذلك في العتق .

فَرَجْعُ : ٩٢٩١- إذا قال لامرأته المدخول بها : « أنت طالق واحدة ، بل ثلاثاً إذا دخلت الدار » فلا شك أن الثلاث لا تقع ما لم تدخل الدار ، ولكن هل تقع واحدة ؟ فعلى وجهين ذكرهما الشيخ : أحدهما - أن التعليق يرجع إلى جميع ما تقدم ، فما لم تدخل الدار لا يقع شيء ؛ فإن الشرط ينعكس على جميع ما تقدم . ولو قال : إن دخلت الدار ، فأنت طالق واحدة بل ثلاثاً ، لا يقع شيء حتى تدخل ، فليكن الأمر / ش ١٠١ كذلك إذا تأخر التعليق .

والوجه الثاني - وهو اختيار ابن الحداد أن الطلقة الأولى تقع ، وما ذكره بعد (بل) هو المعلق بالدخول ؛ فإن (بل) تَصْمَنَ قطعاً لكلام عن كلام على سبيل الاستدراك .

ولو كانت المرأة غير مدخول بها ، فقال : « أنت طالق واحدة بل ثلاثاً إن دخلت الدار » ، فإن قلنا : جميع الطلقات تتعلق بالصفة ، فلا تطلق في الحال . ثم إذا دخلت الدار ، وقعت طلقة وفاقاً ، وهل يقع الباقي ؟ فعلى وجهين حكيناها في مواضع ، وهو كما لو قال لغير المدخول بها : إذا دخلت الدار ، فأنت طالق وطالق ، وهذا يجري في كل طلاقين في لفظين مقتضاهما الوقوع معاً ، وإن قلنا : الطلقة الأولى لا تتعلق [بل^(٢)] تنتجز ، فتبين بالطلقة الأولى ، ولا تلحقها الأخرى إذا دخلت ؛ فإنها

(١) في الأصل : فتبين .

(٢) في الأصل : بان .

بائنة ، ولو نكحها فدخلت ، لم يعد الحنث ؛ فإن التعليق وقع بعد البيونة حيث انتهينا إليه .

وحكى الشيخ وجهاً عن بعض الأصحاب أن هذا يخرج على عود الحنث ، ولولا عظم قدر الشيخ ، لما نقلت هذا الوجه .

فَرَجٌ : ٩٢٩٢- إذا قال لامرأته : إن دخلت الدار طالقاً فأنت طالق ، أو قال : أنت طالق إن دخلت الدار طالقاً ، فإن دخلت الدار وما كان طلقها قبل الدخول ، فلا يقع بالدخول طلاق ؛ فإنه علق الطلاق على صفتين إحداهما دخول الدار ، والثانية أن تدخلها طالقاً ، وهذا يبتني على أن الطلاق المعلق بالصفة يترتب على الصفة ، ولا يقع معها . وقد كررت هذا مراراً ، ونهت على ما فيه من الإشكال ، ثم أوضحت استمرار اتفاق الأصحاب في التفرع . ولو كنا نقول : يقع الطلاق المعلق بالدخول مع الدخول ، لكننا لا نوقع الطلاق أيضاً ؛ فإن قوله : إن دخلت الدار طالقاً يقتضي أن تكون طالقاً بغير الدخول حتى يتعلق الطلاق بكونها طالقاً مع الدخول ، ويستحيل أن يكون الطلاق المعلق هو الطلاق الذي علق به الطلاق ، واقتضاء اللفظ التغير الذي ذكرناه بين لا إشكال فيه .

فَرَجٌ : ٩٢٩٣- إذا نكح الرجل أمةً ، ثم قال : إن اشتريتك ، فأنت طالق ثلاثاً ، وقال مالكها : إن بعتك ، فأنت حرة ، فإذا باعها^(١) عَقَّتْ في زمان خيار المجلس . قال ابن الحداد : ويقع الطلاق ؛ فإن الشراء قد وجد . قال أصحابنا : هذا تفرع منه على أن الملك في زمان الخيار للبائع .

فإن قلنا : الملك بنفس العقد ينتقل إلى المشتري ، فينفسخ النكاح بالملك على المشهور ، ولا يقع الطلاق ، فإن قيل كيف ينتقل الملك إليه بعد نفوذ عتق البائع ؟ قلنا : لما صح البيع ، فمن حكم صحته نقل الملك على هذا القول ، وهو كما ذكرناه في شراء من يعتق على المشتري ؛ إذ لولا ذلك ، لما انعقد العقد على القول الذي عليه نفع .

(١) فإذا باعها : أي لزوجها ، كما هو مفهوم من السياق ، وصرح به النووي في الروضة .

فَرَجٌ : ٩٢٩٤- إذا قال لامرأته : إن كان أول ولدٍ/ تلدينه ذكراً ، فأنت طالق واحدة ، وإن كان أول ولدٍ تلدينه أنثى ، فأنت طالق ثلاثاً ، فولدت ذكراً وأنثى ، ولم يخرجها معاً ، ولكن أشكل المتقدم ، فلا يقع إلا طلقة واحدة ، هكذا قال أصحابنا أخذاً بالمستيقن ، وهذا واضح .

ولو خرجها معاً دفعة واحدة ، قال الشيخ : ما ذهب إليه معظم الأئمة أنه لا يقع الطلاق أصلاً ؛ فإنه علق طلقاً بأن يخرج ذكراً أولاً ، وثلاثاً بأن تخرج الأنثى أولاً ، فإذا خرجها معاً ، لم يتحقق الأولية في واحد منهما .

قال الشيخ : لو قلت : وقع الثلاث ، كان محتملاً ؛ فإن الأول هو الذي لا يتقدمه شيء ، وليس من ضرورة الأول أن يستأخر عنه شيء ، والدليل عليه أنه لو قال لها : إن كان أول ولدٍ تلدينه ذكراً فأنت طالق ، فولدت ذكراً ، ولم تلد سواه في عمرها ، فيقع الطلاق ؛ فعلى ذلك يجوز أن يقال : [الذكر]^(١) : لم يتقدمه أنثى ، والأنثى لم يتقدمها ذكرٌ .

قال الشيخ : عرضت ذلك على القفال ، فقال : المسألة محتملة . والمذهب ما قدّمناه ؛ لأن الرجل لو قال لعبديه : من جاء منكما أولاً ، فهو حرٌّ ، فلو جاء معاً ، لم يعتق واحد منهما ، هكذا ذكر الأصحاب ، ولا يجوز أن يُتَخَيَّلَ في هذه المسألة خلاف ، فإنه علق العتق على السبق ، ولا سبق إذا جاء متساويين ، وليس كما إذا ولدت ولداً واحداً ؛ فإنه لم يتعرّض في تلك المسألة لولدين وتقدير أولية فيهما .

فَرَجٌ : ٩٢٩٥- إذا نكح جارية أبيه ، أو أخيه ، ثم قال : إذا مات سيدك ، فأنت طالق ، فإذا مات ، فملكها الزوج ، أو ملك بعضها - على ما يقتضيه التورث - فلا يقع الطلاق ، بل يفسخ النكاح .

قال ابن الحداد : هذا هو الصحيح .

ومن أصحابنا من قال : يقع الطلاق ، وقد قدمت هذا في الأصول .

ولو قال السيد لها : إذا متُّ ، فأنت حرة وقد سبق من الزوج التعليق كما ذكرنا ، فمات ، وهي خارجة من الثلث ؛ فيقع الطلاق لا محالة ، ولو علق الزوج الطلاق ، فقال السيد : إذا متُّ ، فأنت حرة بعد موتي بشهر ، فإذا مات ، فتبقى تلك مملوكة إلى شهر ، والتفريع على ما اختاره ابن الحداد ، وهو أن الفسخ أولى بالتنفيذ من الطلاق ، وفي هذه الصورة في وقوع الطلاق وجهان مبنيان على أن الملك فيها إلى أن تعتق لمن ؟ وفيه وجهان : أحدهما - أن الملك للوارث .

والثاني - أنه تبقى على ملك الميت إلى أن تعتق ، فعلى هذا يقع الطلاق ، ولا يفسخ النكاح ، وإن قلنا : الملك للوارث ، ففي الانفساخ وجهان : أحدهما - أنه يفسخ ، وهو الأصح لحصول الملك .

والثاني - لا يفسخ ؛ لأن هذا ملك تقديري ، ثبت لانتظام كلام ، وإلا فلا حقيقة له ، ولا يُقضي إلى مقصود .

فَرَجٌ : ٩٢٩٦- إذا قال : أنت طالق أكثر الطلاق ، فتطلق امرأته ثلاثاً ؛ فإن الأكثر صريح في أقصى عدده ، والكثرة مُصرّحة بمعنى العدد ، ولو قال : أنت طالق أكبر الطلاق ، ولم ينو عدداً ، فلا يقع إلا واحدة/ ؛ لأن الكبير لا يُنبىء عن العدد ، وكذلك ١٠٢ ش لو قال : أعظم الطلاق ، أو قال : أنت طالق ملء الأرض أو ملء العالم ، فلا يقع بمطلق اللفظ إلا طلقة ، ولو قال : أنت طالق ملء هذه البيوت الثلاثة ، فهذا يقتضي تعدد الطلقات وكذلك إذا قال : أنت طالق ملء السموات .

فَرَجٌ : ٩٢٩٧- قال ابن سريج إذا قال لامرأته : أنت طالق هكذا ، وأشار بأصبع واحدة ، فهي طلقة ، وإن أشار بأصبعين ، فطلقتان ، وإن أشار بثلاث ، فثلاث . هذا إذا قال : (هكذا) ، وأشار إلى أصابعه .

فإن قال : أنت طالق ، ولم يقل : (هكذا) ولكن أشار بأصابعه ، فلا نحكم بوقوع الثلاث ما لم ينوها ، وهذا بين ، ولم أر فيه - إذا قال (هكذا) وأشار إلى أصابعه الثلاث - خلافاً ، وذلك فيه إذا أشار إلى أصابعه إشارة تكون قرينة مثبتة للعلم ، فلو لم تقم قرينة ، فلا وجه للحكم بالثلاث ؛ فإن الرجل قد يعتاد الإشارة بأصابعه الثلاث في الكلام ، فإذا لم يوضح ينظر إلى الأصابع أو ترديد نغمة على صيغة إلى أن

يتبين الغرض ، فلا نحكم بالوقوع ، وما أجريناه من الكلام على القرائن من الأصول والأقطاب .

قَبَّحُ : ٩٢٩٨- إذا قال لزوجته : أنت طالق إن دخلت الدار إن كلمت زيدا ، فيقف وقوع الطلاق على الدخول والكلام .

ثم قال الأصحاب : يشترط ترتب الكلام على الدخول ، حتى لو كلمت ، ثم دخلت ، لم تطلق ؛ لأنه في الحقيقة علّق وقوع الطلاق عليهما عند الدخول بكلام ، فكان هذا تعليق التعليق ، والتعليق يقبل التعليق ، كما [أن] ^(١) التنجيز يقبل التعليق ، وهذا كما لو قال لعبدته : إن دخلت الدار ، فأنت مدبر ، فالتدبير يقف على دخول الدار ، ثم لا عتق حتى يموت السيد بعد دخول العبد الدار ، وليس كما لو قال : أنت طالق إن كلمت ودخلت ، بشرط وجود الوصفين لا غير ، لأن الواو للجمع خصوصاً في المعاملات .

هذا ما ذكره القاضي والأصحاب : أما المسألة الأخيرة ، فسديدة ، وأما المسألة الأولى ، ففيها نظر ؛ فإنه ذكر صفتين من غير عاطف ، فالوجه الحكم بتعلق الطلاق بهما ، فأما الترتيب ، فلا معنى للحكم [به] ^(٢) .

ولو قال : إن دخلت الدار إن كلمت زيدا إن أكلت رغيفاً ، فأنت طالق ، فالطلاق يتعلق بوجود هذه الصفات ، والحكم بترتب بعضها على بعض تحكّم ، لا أصل له ، فإن كان هذا مسلماً ، فلا فرق بين أن يُقدّم ذكر الطلاق وبين أن يؤخره . وإن كان ممنوعاً ، فما قدمناه من الكلام كافٍ ^(٣) .

ولو قال : أنت طالق إن كلمت زيدا إلى أن يقدم فلان ، فالتأقيت راجع إلى الصفة ، والتقدير : إن كلمته قبل قدوم زيد ، فأنت طالق ، ولا يرجع هذا التأقيت إلى أصل الطلاق ؛ إذ لو رجع إليه ، لتنجز في الحال ، كما لو قال : أنت طالق إلى شهر ،

(١) زيادة لاستقامة الكلام .

(٢) في الأصل : بهما .

(٣) عبارة ابن أبي عصرون : وإن منع فما قدمناه كافٍ . والمعنى إن اشترط الترتيب ومنع وقوع الطلاق ، فما قدمناه من الحجج كافٍ في نقضه .

ثم إن كَلَّمْتُهُ قبل أن قَدِمَ زيد ، طَلَقْتُ / ، ولو لم تكلمه حتى قَدِمَ زيد ، لم تطلق ، ١٠٣ ي
ولا يضر التكلم بعدُ .

هذا معنى التأقيت .

قَبَّحُ : ٩٢٩٩- لو قال : « إن دخلتِ الدار فأنت طالق » ثم كرّر هذا اللفظ ثلاث
مراتٍ ، فإن أراد التأكيد ، فطلقة واحدة عند دخول الدار ، وإن أراد التجديد ، فإن
دخلت الدار ، طُلِّقَتْ ثلاثاً بدخلةٍ واحدة .

ولو قال : أردت عقد ثلاثة أيمان ؛ حتى تطلقَ طَلَقَاتٍ [ثلاث] ^(١) بثلاث دخلات ،
فهذا لا يحمل عليه مُطلقُ الكلام بالإجماع ؛ فإن اليمين الأخيرة حقها أن تنحل بأول
دخلةٍ لتحقق الصِّفة ، وكذلك القول في الثانية والأولى ، ولكن يُدَيِّن فيما يقول
باطناً ، ولا وجه لقبوله ظاهراً .

قَبَّحُ : ٩٣٠٠- إذا قال لأربع نسوة : أربعكن طوالق إلا فلانة ، أو إلا واحدة على
الإجمال ، لغا الاستثناء ؛ لأنه أوقع الطلاق على الأربع بجملتهن ، فإذا قال : إلا
فلانة ، فقد قصد إبطال اللفظ في حقها ، ورفع مقتضاه بالكلية ، فصار كما لو قال :
أنت طالق ثلاثاً لا تقع ، أو ثلاثاً إلا ثلاثاً ، وليس كما لو قال ثلاثاً إلا واحدة ، فإن
الاستثناء في الواحدة صحيح .

ولو قال : أربعكن إلا فلانة طوالق ، فيصح الاستثناء في فلانة .

هذا ما أورده القاضي والمسألة [مخيلة] ^(٢) حسنة .

[و] ^(٣) يحتمل أن نقول : يصح الاستثناء ؛ طرداً لقاعدة الاستثناء ، فإنه إذا قال :
أنت طالق ثلاثاً ، فقد تعرّض لعدد الطلقات ، ولو سكت عليه ولم يستثن ، لكان
الكلام مستقلاً في إيقاع الثلاث ، ثم صح مع هذا استثناء الواحدة والثنتين بعد ذكر
الثلاث ، فلا فرق بين عدد الطلقات وبين عدد المطلقات .

(١) زيادة من المحقق .

(٢) في الأصل : محتملة ، والمثبت اختيار من المحقق .

(٣) (الواو) زيادة من المحقق ، وهي في عبارة ابن أبي عصرون .

ووجه ما قاله القاضي أنه إذا قال : أربعين طوالق إلا فلانة ، فهذا اللفظ لا يستعمل كذلك في الاعتیاد ، كما لا يستعمل قول القائل ثلاثاً إلا ثلاثاً ، [ويستعمل]^(١) أنت طالق إن شاء الله ، ولو تكلفنا فرقاً سوى ذلك ، لم نجده ، ولعلّ القاضي يقول : إذا قال : « هؤلاء العبيد الأربعة لك إلا هذا » ، وأشار إلى واحد منهم ، قال : الاستثناء باطل ، ولعلّ ممّا يقوّي كلامه ثبوت الكلام بالإشارة ، وللإشارة أثر ووقع في تثبيت الكلام . ولو قال : « لفلان أربعة أعبد عليّ إلا عبداً » فالاستثناء صحيح .

فَبَيِّنْ : ٩٣٠١- إذا قال قائل للزوج : أطلّقت امرأتك ؟ فقال : نعم ، فقال^(٢) : ذكر صاحب التلخيص في ذلك قولين : أحدهما - أن الطلاق يُحكم بوقوعه لقوله : (نعم) مع السؤال المتقدم ، وإن لم ينو الطلاق .

والقول الثاني - إن الطلاق إنما يقع به إذا نوى ، فإذا لم ينو شيئاً ، لم يقع . قال الشيخ : حكم بأن الطلاق يقع بهذه اللفظة مع النية في قول ، ويقع من غير نية في قول ، وجعل هذا إنشاءً للطلاق صريحاً أو كنايةً .

ووافقه بعض أئمتنا ، وقال : ما ذكره من [القولين]^(٣) مبني على قولين للشافعي فيه إذا قال الولي : زوجتك هذه ، فقال في جوابه : قبلتُ ، ولم يقل قبلت نكاحها ، فهل ينعقد النكاح بذلك ؛ بناء على ما تقدم / من الإيجاب ؟ فعلى قولين .

قال الشيخ : هذه الطريقة غير مرضية ، فقوله (نعم) في جواب السؤال ينبغي ألا يكون صريحاً في الطلاق ولا كناية ، بل هو صريح في الإقرار بالطلاق ، ثم إن كان صادقاً ، فلا كلام ، وإن كان كاذباً ، فلا يقع به الطلاق باطلاً ، وينفذ الحكم بالإقرار ظاهراً ، ثم لا يجوز أن يكون في ثبوت الإقرار اختلاف قول ، ومن قال لرجل بين يدي القاضي : ألي عليك ألف درهم ؟ فقال : نعم ، قضى القاضي بكونه مقرراً ، ولو جرى ذلك بين يدي الشهود تحمّلوا الشهادة على صريح إقراره ، فعلى هذا لو قال في جواب

(١) في الأصل : ويستعمله .

(٢) القائل هو الشيخ أبو علي .

(٣) في الأصل : القول .

السؤال كما ذكرنا ، ثم قال : أردت بذلك أنني كنت نكحتها من قبل هذا ، وطلقتها في ذلك النكاح السابق ، فهذا ينزل منزلة ما لو قال لامرأته : أنت طالق الشهر الماضي ، ثم فسره بأنه كان طلقها في نكاح سابق ، وقد تقدم تفصيل ذلك .

٩٣٠٢- ولو قيل : ألك زوجة ؟ فقال : لا . قال أصحابنا : هذا كذبٌ صريح لا يتعلق به حكم ، وقال المحققون : هذا كناية في الإقرار ، قال القاضي : عندي أن هذا صريح في الإقرار بنفي الزوجية ، وقال رضي الله عنه : إذا أشار المشير إلى امرأة ، فقال لبعلها : هذه زوجتك ، فقال : لا ، كان ذلك تصريحاً بالإقرار بنفي الزوجية .

ولو قيل له : أطلقت زوجتك ، فقال : قد كان بعض ذلك ، فلا نجعل هذا إقراراً بالطلاق ؛ لأنه يحتمل التعليق ، ويحتمل أنها كانت تُلَاجَه^(١) وتخاصمه ، وتسأل منه الطلاق ، ولم يكن قد أوقع بعد ، فعبر عن بعض المفاوضة التي جرت .

ولو قال الدلال لصاحب المتاع : بعْتَ متاعك هذا بألف درهم من هذا الرجل ، فقال : نعم ، فلا يكون هذا إيجاباً بلا خلاف ؛ فإنَّ نعم خبرٌ يدخله الصدق والكذب ، فلا يصلح للإنشاء ، وكذلك لو قال القابل : نعم ، لم يكن ذلك منه قبولاً .

ولو قال الدلال لصاحب المتاع : بعْتَ متاعك هذا بألفٍ من هذا الرجل ، فقال : « بعْتُ » فالوجه القطع بأن هذا لا يكون بيعاً ، إذا لم يُعَد [ذكر]^(٢) الثمن وخطاب الطالب ، ولم يأت بكلام ينتظم مبتدأً ، وليس كما لو قال المخاطب : قبلْتُ ؛ فإن قوله مع الإيجاب كلامان ينتظم أحدهما مع الثاني .

وإذا قال الدلال : بعْتَ عبدك هذا من هذا الرجل ، فقال : بعْتُ ، فيقع قوله جواباً للدلال ، وما كان جواباً له لم يصلح أن يكون خطاباً لذلك [الطالب]^(٣) ، فلا يتجه في كونه جواباً إلا الخبر ، وهو مضطرب في كونه إقراراً أيضاً ؛ فإن قرينة استدعاء الدلال شاهدة على أنه ينبغي منه الابتداء .

(١) تُلَاجَه : من اللجاجة .

(٢) زيادة لاستقامة الكلام ، وهي في عبارة ابن أبي عصرون .

(٣) زيادة من المحقق ، اقتضاها السياق .

وقال الأصحاب : لو قالت المرأة لزوجها : طلاق ده مرا ، فقال : « دادم » لا يقع به شيء ، لأن قوله : « دادم »^(١) لا يصلح للإيقاع .

قال القاضي : عندي يقع الطلاق ؛ لأن المبتدأ يصير معاداً في الجواب ، وهذا الذي ذكره مذهب أبي يوسف ، وهو متجه ؛ فإن السؤال / مع الجواب يترتبان ترتب الإيجاب والقبول . فأما إذا قال الدلال : بع عبدك هذا بألف ، فقال : بعت ، فلا يستقل قول صاحب العبد : « بعت » كلاماً مبتدأ ، ولا يترتب على قول الدلال جواباً .
فَرَجَّحَ : ٩٣٠٣- لو قال : أنت طالق طلقةً عددَ التراب ، وقعت طلقة واحدة ؛ لأن التراب في نفسه جنس واحد . فإن قال : أنت طالق عدد أنواع التراب ، طلقت ثلاثاً .
فَرَجَّحَ : ٩٣٠٤- لو قال : أنت طالق طلقةً وطلقتين ، وقع الثلاث ، فإن قال : أردت إعادة تلك الطلقة الأولى في الطلقتين ، وضمَّ أخرى إليها ، قيل : يقبل ويقع طلقتان ؛ فإن هذا محتمل .

والذي صار إليه الجمهور أنه تقع الثلاث ؛ لأن المعطوف غير المعطوف عليه .
 ولو قال بالفارسية : (تو از زني من بيك طلاق ودو طلاق هسته اي)^(٢) ، كان القفال يفتي بالثلاث قياساً على ما ذكرناه في العربية قال القاضي يقع عندي طلقتان ، لأن الناس يقصدون منه إيقاع طلقتين ، ومن أراد منهم الثلاث زاد ، فقال : (بيك طلاق وبدو طلاق وبسه طلاق هسته اي) .

فَرَجَّحَ : ٩٣٠٥- إذا قال الزوج : طَلَّقِي نفسك إن شئت ثلاثاً ، فلا بُدَّ في هذه

(١) هذه الألفاظ الفارسية معناها كالاتي : « طلاق ده مرا » معناها : أعطني الطلاق : أي طلقني . وكلمة (دادم) : أي أعطيت .

(٢) جملة فارسية صوابها : « تُوَزَنُ مِنْ بِيَكْ وَدُو طَلَاق » والمعنى الحرفي : تو= أنت ، زَن : زوج ، من= ضمير المتكلم (أنا)= زوجتي . بِيَكْ= بواحد طلاق ، ودو طلاق= واثنين طلاق . والمعنى الإجمالي : أنت يازوجتي طالق بواحدة وطاق باثنتين .

واختلف في هذا ، فقال القفال : يقع ثلاث طلقات ، وقال القاضي : يقع ثنتان فقط ،

ومن أراد الثلاث قال : « بِيَكْ طَلَاق ، وبدو طلاق ، وبسه هسته اي »

ومعنى : بـسه= بثلاث ، هسته اي= أسلوب تأكيد

والمعنى الإجمالي : أنت طالق بواحدة وبثنتين وبثلاثة قطعاً .

المسألة من أن تشاء ، هذا هو الذي عليه التفريع ، فلو أنها شاءت ، فتطلق نفسها ، وتقول : شئت ، وطلقت نفسي ، ولا يكفي أن تقول : شئت ؛ فإنه لم يعلق الطلاق على مشيئتها بل علق تفويض الطلاق إليها على مشيئتها .

فلو قال : طلقي نفسك ثلاثاً ، فطلقت واحدة ، وقعت الواحدة ، وهذا الأصل مشهورٌ قدمنا ذكره .

فلو قال : طلقي نفسك إن شئت ثلاثاً ، فلو أنها شاءت طلقةً واحدةً ، وطلقت نفسها واحدة ، قال صاحب التلخيص لا يقع شيء ، وكذلك لو قال لها : طلقي نفسك إن شئت واحدة ، فشاءت ثلاثاً ، فطلقت نفسها ثلاثاً ، فلا تقع واحدة منها .

وعلة ما ذكره أنه لم يملكها الثلاث ولا الواحدة في المسألتين تمليكاً مجرداً ، بل علق التمليك بمشيئة موصوفة بصفة ، فإذا قال : طلقي نفسك إن شئت ثلاثاً ، فقد شرط في ملكها الطلاق أن تشاء ثلاثاً ، وكذلك عكس هذا .

وذكر الأصحاب ما ذكره ، ووافقوه .

ومسألتاه مصورتان فيه إذا خلل ذكر المشيئة بين قوله : طلقي وبين قوله ثلاثاً أو واحدة ، فلو قال : ثلاثاً إن شئت ، أو طلقي نفسك واحدة إن شئت ، فذكر المشيئة بعد ذكر العدد أو بعد ذكر الواحدة ، فلو شاءت واحدة وقد جرى التفويض في ثلاث ، وقعت الواحدة .

ولو طلقت نفسها في مسألة الواحدة ثلاثاً ، وقعت الواحدة ، كما لم يكن في المسألة مشيئة ، ولكن لا بد من أن تذكر المشيئة . ومجرد تطبيقها نفسها لا يكفي .

والفرق بين ذكر المشيئة قبل [العدد]^(١) ، وبين ذكرها بعده أنه إذا قال لها :

« طلقي / نفسك إن شئت ثلاثاً » ، فإذا لم تشأ ثلاثاً لم تتحقق مشيئتها ؛ فإنه وصف ١٠٤ ش مشيئتها بالتعلق بالثلاث ، فإذا لم تحصل المشيئة المشروطة ، فلا يقع الطلاق ، فمهما^(٢) ذكر العدد بعد المشيئة فالعدد متعلق المشيئة ، وكذلك لو قال : طلقي نفسك

(١) في الأصل : العدة .

(٢) فمهما : بمعنى : فإذا .

إن شئت واحدة ، وليس كذلك قوله : طلقي نفسك ثلاثاً إن شئت .

وهذا الذي ذكره الأصحاب ظاهر إذا كان الكلام مطلقاً .

وإن زعم أي أردت بقولي ثلاثاً بعد المشيئة تفسير الطلاق ، لا وصف المشيئة ، فهذا مقبول .

وإذا قال لها : طلقي نفسك إن شئت واحدة ، فطلعت نفسها ثلاثاً ، فهذا فيه احتمال عندي ؛ فإن من شاء الثلاث فقد شاء واحدة ؛ إذ الثلاث تنطوي على الواحدة ، ويحتمل ما قاله الأصحاب ؛ فإنه جعل الواحدة متعلّقة المشيئة ، فلا يمنع أن تكون المشيئة موصوفة باتحاد المراد .

فَرَجَّحَ : ٩٣٠٦- قد ذكرنا أنه إذا قال : إن حلفت بطلاقك ، فأنت طالق ، ثم قال : إذا طلعت الشمس أو مطرت السماء ، أو هبت الريح ، أو ما أشبه ذلك ، مما لا يتعلق باختيار لها ، ولا يتصور فيه منع ولا تحريض ، فلا يقع الحنث بذلك .

ولو زعم الزوج أن الشمس قد طلعت فخالفته المرأة ، فقال : إن لم تطلع ، فأنت طالق ، فيحنث بهذا في يمينه الأولى ، وهو قوله : إن حلفت ؛ فإنه قصد تصديق نفسه ، وهذا من مقاصد الأيمان ، فصار قوله يميناً على هذا الوجه .

فروع تتعلق بالمعاينة وطرائف الأسئلة :

٩٣٠٧- إذا قال لها : إن لم تعرّفيني عدد الجوز الذي في هذا البيت ، فأنت طالق ، وكان البيت ممتلئاً جوزاً ، وربما يضيق عليها الزمان الذي تجيب فيه ، قال الأصحاب : الحيلة في نفي الطلاق أن تذكر المرأة عدداً يقدر الجوز عليه ، فإن استراحت زادت حتى تستيقن أنها ذكرت فيما ذكرت عدد الجوز ، ولا يضرها الزيادة على العدد ، فإنها وإن زادت ، فقد ذكرت العدد المطلوب .

وهذا خطأ عندي إن ذكر في سؤاله التعريف ؛ فإن اللفظ يشعر بأن [غرضه أن]^(١) تفيد المعرفة بعدد الجوز ، والذي ذكرته على مجازفة ليس بتعريف ، وإنما فرض الفقهاء هذه الصورة فيه إذا قال لها : إن ذكرت لي عدد ما في البيت وإلا فأنت طالق ،

فإذا ذكرت عدداً على النسق الذي ذكرناه ، فتكون ذاكراً لذلك العدد فيما تذكره من الأعداد ، ولكن الشيخ ذكر في المسألة التعريف .

ثم إذا فرضنا في الذكر - وهو الوجه - فلتأخذ من عدد [تستيقنه]^(١) مثل أن تعلم أن عدد الجوز في البيت يزيد على ألف ، ثم تذكر الألف ، وتزيد ضمّاً للعدد إلى العدد ، حتى تنتهي إلى مبلغ تستيقن أن ما في البيت لا يزيد عليه ، ولا يتصور هذا ما لم تزد [إلى]^(٢) أن يفرض وفاق ، وهو نادر في التصور .

ومما يجب الاعتناء به أنها إذا ذكرت / الألف ، كما صورناه ، فقد ذهب القاضي ١٠٥ ي إلى أنها تزيد على ما استيقنته واحداً واحداً ، فلو قالت : ألفاً ثم ألفين ، أو مائة ألف ، لم يكفها ذلك ، إذ لو كان يكفيها ذلك ، لذكرت عدداً على مبلغ عظيم أول مرة ، فإذا قال الأئمة : تذكر ما تستيقن ، ثم تزيد عليه ، فلا وجه للزيادة إلا ما ذكرناه ؛ فإنها ستمّر إذا كانت تزيد واحداً واحداً بالعدد الخاص بجوز البيت ، وإذا لم تفعل هكذا ، وذكرت مائة ألف وعدد ما في البيت ينقص عن هذا ، فما ذكرت عدد الجوز في البيت ، وإنما ذكرت عدداً عدداً ما في البيت بعضه .

ثم هذا الذي ذكرناه في اللفظ المطلق ، فلو أراد الزوج بهذا تنصيبها على العدد المطلوب ، فلا ينفع ما ذكرناه .

والذي يدور في خلدي من هذه المسألة أن مطلق هذا في العرف لا يشعر إلا بالتنصيب ، وقد نصّ الأصحاب على خلاف هذا ، وكنت أودّ لو فرضت هذه المسألة فيه إذا نوى الزوج ما ذكرناه ، ثم كان يقال : هل يزال ظاهر الإطلاق بنيته ، فعلى تردد .

٩٣٠٨- ولو قال : إن لم تعدّي الجوز الذي في هذا البيت في ساعة ، فأنت طالق ، ذكر أصحابنا وجهين : أحدهما - أنها تأخذ من مبلغ [تستيقنه]^(٣) ، ثم تأخذ في

(١) في الأصل : تستيقنه . والمثبت من مختصر ابن أبي عصرون .

(٢) في الأصل : « إلا » .

(٣) في الأصل : تستيقن .

الزيادة ، كما ذكرناه فيه إذا قال لها : إن لم تذكرني عدد الجوز .

ومنهم من قال : إذا كانت اليمين معقودة على العدّ ، فلا بد وأن تبتدىء من الواحدة ، وتأخذ في الزيادة ، حتى تنتهي إلى الاستيقان كما ذكرناه ؛ فإن العدّ متضمّنه التفصيل من الواحدة إلى المنتهى ، وليس كالذكر ، ولم يذكر أحد من الأصحاب أن العدّ محمول على تولّي العدّ ، فعلاً ، وزعموا أن العدّ إنما هو العدّ باللسان .

ولست أرى الأمر كذلك ؛ فإن من [جلس]^(١) نبذةً من بيتٍ فيه جَوَز ، ثم أخذ يهذي ويذكر باللسان أعداداً ، فهذا لا يسمى عدّاً في الإطلاق ، وإن حمل [لفظه]^(٢) عليه ، كان تأويلاً ، والنظر في أن التأويل المزيل للظاهر ، هل يقبل ؟ نعم ، إذا قال : « إن لم تعدّي » ، فرمقت الجوز ، وأخذت تعدّ وترمق كل جَوْزَة ، فهذا عدٌّ ، وإن لم يوجد فعلٌ باليد ، فأما قول اللسان ، فلست أراه عدّاً .

٩٣٠٩- ولو قال - وقد خلط دراهم لامراته بدراهم كانت في كفه : إن لم تميّزي دراهمك من هذه الدراهم ، فأنت طالق . قال الأصحاب : المخلّص أن تميز الدراهم كلها تمييزاً عاماً ، بحيث لا تبقي منها درهماً ودرهمين ملتصقين . وكذلك إذا كانا يأكلان تمرّاً أو مشمشاً ، فقال : إن لم تميّزي نوى ما أكلت ، فأنت طالق ، فالطريق ما ذكرناه .

وهذا فيه نظر عندي ، فإن نوى التنصيص في التمييز ، فالذي ذكرناه ليس بمخلّص ، وإن أطلق اللفظ ، فالذي ذكره الأصحاب أن ما ذكرناه [مُخلّص]^(٣) .

ولست أرى الأمر كذلك إن كنا نأخذ المعاني مما تبتدره الأفهام ، ولئن كان للفقهاء ١٠٥ تحكم في حصر الصرائح/ أخذاً من التعبد [والتكرّر]^(٤) في الشرع ، فألفاظ المعلّقين لا نهاية لها ، وليس للصفات التي يذكرونها ضبط ، فسييل الكلام على الظواهر تنزيلها

(١) في الأصل : حبس . ومعنى العبارة : أن من انتبذ جانباً من البيت ، وفيه جوز ، ثم أخذ يهذي... إلخ .

(٢) في الأصل : لفظ .

(٣) في الأصل : تخلّص .

(٤) في الأصل : غير مقروءة (انظر صورتها) .

على ما يفهم ، وإنما يتميز الظاهر عن الكلام المتردد بشيء واحد ، وهو أن يفرض الإطلاق ، ثم لا يفرض مراجعة المطلق واستفساره ، فما كان كذلك ، فهو ظاهر ، والنص كذلك ، غير أن مُطْلَقَهُ لو ذكر له تأويلاً ، لم يُقبل ، ولم يُرَ له وجهٌ في الاحتمال ، وأمثال هذه الألفاظ لا يستريب الفاهمون أن معانيها على خلاف ما وضعها أصحاب المعاياة ، فالوجه وضعها مع تجريد القصد إليها على حسب ما يذكره الفقيه .

٩٣١٠- ولو كان في فم المرأة تمرّة ، فقال الزوج : إن بلعته ، فأنت طالق ، وإن لفظته ، فأنت طالق ، وإن أمسكته ، فأنت طالق ، فالمخلص أن تأكل تصفه وتلفظ نصفه ، ولا يحصل الحنث بوجه من الوجوه التي ذكرناها .

٩٣١١- ولو قال - وهي في ماء جارٍ : إن مكثت فيه ، فأنت طالق ، وإن خرجت منه فأنت طالق .

قال الأصحاب : لو مكثت ، لم تطلق ، لأنّ الدُّفع من الماء التي تلقاها قد جرت وانحدرت ، فلم تمكث فيه ، ولم تخرج منه . وهذا قريب من الفنون المقدمة .

فإن نوى الزوج الخروج من ماء النهر ، فما ذكرناه ليس بمخلص ، وإن خطر له ما ذكرناه ، أمكن أن يقبل ، وإن أطلق ، ففيه نظر ، وهذا من الأقطاب ؛ فإن أمثال هذه الألفاظ لو ردت إلى اللغة ، فيمكن تنزيلها على ما ذكره الفقهاء ، وإن ردت إلى ما يفهم منها في الإطلاق ، فالأمر على خلاف ما ذكره ، والحمل على موجب الفهم عند الإطلاق أولى .

هذا منتهى القول في هذه الأجناس .

٩٣١٢- وإذا كانت على سَلَم ، فقال : إن نزلت من هذا السَلَم ، فأنت طالق ، وإن زَنَاتِ^(١) ، فأنت طالق ، وإن وقفت ، فأنت طالق ، فالوجه أن تطفر إن قدرت عليه ، وإلا تُحمل من السَلَم ، أو يُضَجَّع السَلَم وهي عليه ، أو ينصب بجانب السَلَم سَلَمٌ آخر حتى تتحول إليه .

(١) زَنَاتٍ : أي صعدت . من قولك زَنَات في الجبل إذا صعدت فيه (المعجم) .

ولست بالراغب في هذه الفنون ، واللائق بهذا المجموع [أن]^(١) يبتنى على ما هو الوجه ، وما ذكرته من نظر الناظرين إلى اللغة والإضراب عن المفهوم من الألفاظ .

ولو قال لامرأته : إن أكلت هذه الرمانة ، فأنت طالق ، فأكلتها إلا حبة ، لم تطلق ، وهذا سديد في اللغة والعرف ، وقد يقول القائل : أكلتُ رمانة ، وإن فاتته حبة ، ولكن للاحتمال فيه مجالٌ . وإذا اجتمعت اللغة وتردد العرف ، فالحكم بوقوع الطلاق لا وجه له ، ولا يعدُّ من قال : لم يأكل رمانة إذا ترك حبةً حائداً عن ظاهر الكلام .

ولو علق الطلاق بأكلٍ رغيفٍ ، فجرى الأكل فيه ، وبقيت فتاتةً ، قال القاضي : لا تطلق ، واعتبر الفتاة بحبات الرمانة .

والقول في هذا مفصل عندي ، فإن كان ما سقط قطعةً محسوسةً وإن صغرت ، فهي كالحبة من الرمانة/ ، وأما ما دق مُدركه من الفتاة ، فما عندي أنه يؤثر في الحث والبر ، وهذا عندي مقطوع به في حكم العرف إن كان على العرف معول في الأيمان . وسمعت شيعي كان يقطع بهذا في الفتاوى .

والضبطُ لهذه الأجناس أن من سئل عن لفظة ، فإن كان لا يدري معناها في اللغة ، فلا يهجم على الجواب ، ولكن من جوابه : إنني أراجع في هذه من يعرف اللغة ، وإن كان يعرف معناها في اللغة وأحاط بأنه منطبق على العرف ، جرى في الجواب . وإن جهل العرف ، سأل عنه أهل العرف ، وإن كان العرف متردداً كان صغوه الأكثر إلى استبقاء النكاح .

وإن صادف العرف على خلاف اللغة في وضعها ، كان واقعاً في المعاياة ، والوجه عندي تحكيم العرف على اللغة ، كما أوضحته وبينت مسلك الأصحاب ، ولا يسوغ الميل عن جادة الفقه ، حتى تحلو المسائل في استماع العوام .

فروع في المكافأة والتعليقات بالصفات النادرة :

٩٣١٣- وهي كثيرة الجريان في الخصومات الناشئة بين الزوجين ، وأكثر ما تقع هذه المسائل فيه إذا بدأت المرأة ، فواجهت زوجها بما يكرهه ، ووصفته بصفة ذمٍّ ،

وقال الزوج : إن كنتُ كما قلتِ ، فأنت طالق ، فهذه المسائل تجري على ثلاثة أقسام : أحدها - أن يقصد الزوج تعليقاً على التحقيق .

والثاني - أن يقصد مكافأتها ليغيظها بالطلاق ، كما غاظته بما أسمعته .

والثالث - أن يُطلق اللفظ .

فإن قصد التعليق ، فلا بدّ من النظر في الصفات : فإن تحققت ، وقع الطلاق ، وإن انتفت ، لم يقع ، وإن أشكلت ، فالأصل أن لا طلاق ، ثم كثيراً ما يجري في المهاترات ، والإفحاش ، والخنا^(١) في المنطق - صفات لا تكون ، فيقع الناظر في التطلب ، فالوجه الحكم بأن الطلاق لا يقع .

وأنا أذكر من جملتها واقعة رُفعت في الفتاوى ، وهي أن المرأة قالت لزوجها : يا (جهوذروي)^(٢) ، فقال في جوابها : إن كنت كذلك ، فأنت طالق ؛ فوقع المستطرفون وبئو الزمان في طلب هذه الصفة ، فذهب بعضهم إلى الحمل على صفار الوجه ، وسلك سالكون مسلك مخيلة الذل في خبط لا أصفه ، وكان جوابنا فيه : إن المسلم لا يكون على النعت المذكور ، فلا يقع الطلاق ، ولم أوتر ذكر ما فيه فحش ، وفيما أوردته التنبيه التام للفظن .

وإن قصد الرجل بذلك مكافأتها ، فاللفظ صريح في التعليق ، ولكن إذا أراد الزوج مكافأة ، فلها وجه ، والتقدير : إن كنت كذلك ، فأنت طالق إذا . ومما مهدته أن الاحتمال الخفي مقبول في وقوع الطلاق إذا أَراده اللفظ .

وإن أطلق اللفظ ، فهو محمول عندي على التعليق ، إلا أن يعم عرف في المكافأة ، فيجتمع وضع اللغة والعرف ، وقد سبق الكلام فيه .

وقد رأيت كثيراً من المشايخ يميلون إلى المكافأة للعجز عن النظر في الصفات ، ١٠٦ ش

(١) الخنا : الفحش في المنطق ، يقال : خنا فلان يخنو خنواً ، وخنأ : أفحش في منطقته . (المعجم) .

(٢) كلمة فارسية وصوابها (جهره زرد) أي أصفر الوجه . لهذا هو المعنى الحرفي ، ويبدو أنها كانت عبارة دارجة تستخدم في السب كناية عن صفات قبيحة يفحش التصريح بها ، وقريب من ذلك قول العامة في سبابهم : يا أسود الوجه .

وسبب ذلك أنهم حسبوا كلّ مذكورٍ كافياً . ومعظم بدائع الشتائم غير كائنة ، فلا يقع الطلاق .

وَبَيِّنْ : ٩٣١٤- إذا قال : أنت طالق يوم يقدّم فلان ، فقدم ليلاً ، فالمذهب أن الطلاق لا يقع ، فإنه لم يعلّق الطلاق على مجرد القدوم ، حتى يبطه بالوقوع في يوم ، وذكر بعض الأصحاب وجهاً أن مطلق هذا يحمل على وقت القدوم ، وهذا بعيد لا أعده [من المذهب] ^(١) ومن أحكم الأصول إلى هذا المنتهى ، لم يخف عليه دركٌ مثل هذا .

وَبَيِّنْ : ٩٣١٥- حكى العراقيون عن ابن سريج أنه قال : إذا قال الزوج لامرأته : إن لم أطلقك اليوم ، فأنت طالق اليوم ، فلا يقع الطلاق أصلاً ؛ وذلك أنه ما دام اسم اليوم موجوداً ، فيقدّر التطليق فيه ، فلا يقع الطلاق . وإذا انقضى اليوم ، فقد فات الإيقاع والوقوع جميعاً .

قال الشيخ أبو حامد : وهذا هفوة ، والوجه القطع بأن الطلاق يقع في آخر جزء من اليوم ، وتبين ذلك بعد انقضائه ، والدليل عليه : أنه لو قال : أنت طالق إن لم أطلقك ، فإذا مات ولم يطلقها ، فيتضح لنا أنها طلقت قبيل موته ، وما ذكره ابن سريج يقتضي ألا يقع الطلاق ، ولو هجم هاجم على ركوب هذا ، لكان خارقاً للإجماع .

وَبَيِّنْ : ٩٣١٦- إذا قال لامرأته : إن خالفت أمري ، فأنت طالق ، ثم قال لها : لا تكلمي زيدا ، فكلمته ، لم تطلق ؛ لأنها خالفت نهيه ، ولم تخالف أمره .

ولو قال لها : إن خالفت نهبي فأنت طالق ، ثم قال لها قومي ، فقعدت ، فقد ذهب الفقهاء إلى أن الأمر بالشيء نهى عن أضداد المأمور به ، وقالوا على حسب معتقدهم : إذا قعدت ، فقد خالفت نهيه ، فيقع الطلاق ، وقد أوضحنا في مجموعتنا في الأصول أن الأمر لا يكون نهياً ، ولا يتضمن نهياً ، فلا يقع الطلاق إذا .

ولو كنا نعتقد اعتقاد الفقهاء ، لتوقفنا في وقوع الطلاق أيضاً ؛ فإن الأيمان لا تحمل على معتقدات الناس في الأصول ، وإذا قال لها الرجل : قومي ، فلم يوجد منه نهى

حتى يفرض تعلّق الطلاق بمخالفته ، والطلاق لا يقع بالضّمن إذا لم يجز الوصف الذي هو متعلق الطلاق تحقيقاً .

فَرَجٌ : ٩٣١٧- إذا قال لنسائه : من أخبرني بقُدوم زيد ، فهي طالق ، فأخبرته منهن واحدة ، طلقت ، صادقة كانت أو كاذبة .

وقال بعض المصنفين : لا يقع الطلاق ما لم تكن صادقة ، وهذا فيه احتمال .

ولو قال : من أخبرني أن زيدا قدِمَ ، فهي طالق ، فأخبرته واحدة ، طلقت ، وإن كانت كاذبة ، وإنما أوردنا هذا الفرع لحكاية هذا الفرق بين اللفظين ، وهو حسن ، فانتظم منه أنه إذا قال : من أخبرني بأن زيدا قد قَدِمَ/ فلا فرق بين الصدق والكذب ، ١٠٧ ي وإن قال : من أخبرني بقُدوم زيد ، فأخبرت واحدة كاذبة ، ففي المسألة وجهان ، لم أقدم ذكرهما .

فَرَجٌ : ٩٣١٨- إذا قال : أنت طالق بمكة ، وأراد تعليق الطلاق على أن تأتي مكة وتطلق حينئذ ، فهذا محتمل ، وإن قال : أردت التنجيز ، قبلنا ، ولم نتأنق في إظهار وجه من الوقوع .

وإن أطلق لفظه ، فقد حكى شيخي وجهين في أنه هل يحمل على التعليق ، أو على التنجيز ، ففي المسألة احتمال ، أما التعليق ، فسابق إلى الفهم ، وأما التنجيز ، فسيبه أنه ليس في اللفظ أداة تصلح للتعليق .

فَرَجٌ : ٩٣١٩- إذا قال لامرأته : إذا دخلت الدار ، فأنت طالق ، ثم قال : عجلت تلك الطلقة المعلقة وجعلتها منجزة ، فإنها تقع في الحال .

ولو وُجدت تلك الصفة ، ففي وقوع الطلاق وجهان ذكرهما شيخي ، وحاصلهما يرجع إلى [أن]^(١) الطلاق المعلق هل يقبل التنجيز أم لا ؟ وقد قدمت هذا في أول كتاب الخلع ، ولكن رأيت هذين الوجهين للشيخ أبي علي ، فأحببت نقلهما .

فَرَجٌ : ٩٣٢٠- إذا قال : أنت طالق إلى حين ، أو زمان ، فإذا مضت لحظة وإن لطفت ، حكمنا بوقوع الطلاق ؛ فإن اسم الحين والزمان ينطلق عليه .

(١) زيادة اقتضاها السياق .

ولو قال لها : إذا مضى حَقْبٌ أو دهرٌ ، فأنت طالق ، قال الأصحاب : هذا كما لو قال : إذا مضى زمان أو حين ، وهذا مشكل جداً ؛ فإن اسم الدهر والحقب لا يقع على الزمان اللطيف ، وإيقاع الطلاق بعيد مع حسن قول القائل هذا الذي مضى ليس بدهرٍ ، وقيل : سئل أبو حنيفة^(١) عن تعليق الطلاق بالدهر ، فقال : لا أدري ، وروجع مراراً فأصرَّ عليه .

والذي أراه فيه أن العصر عبارة عن زمانٍ يحوي أمماً ، فإذا انقضوا ، فقد انقضى العصر ، أو من قول الناس : انقضى عصر الصحابة . ومن كلام الأصوليين هل يشترط في انعقاد الإجماع انقراض العصر ؟ هذا بين في معنى العصر ، والحكم بوقوع الطلاق دون ذلك ، أو في الزمن القريب بعيد عندي ، وأما الدهر ، فإطلاقه على الزمان القريب بعيدٌ ، [بعد]^(٢) ما تمهد من وجوب إمالة الفتوى إلى نفي الطلاق .

وهذه الألفاظ تصوّر مطلقةً ، وفيها يقع الكلام ، وبحقٍّ توقّف أبو حنيفة في هذه المسألة ، وفي القرآن ما يدل على أن الحين من الدهر ، قال الله تعالى : ﴿ هَلْ أَتَى عَلَى الْإِنْسَانِ حِينٌ مِّنَ الدَّهْرِ ﴾ [الإنسان : ١] وسُمي القائلون بقدم العالم دهريةً ، وقد يطلق الدهر ، ولا يراد به الزمان ، وهو معنى تسمية الملحدة دهريةً ، فإنهم يضيفون مجاري الأحكام إلى الدهر ، وإلى هذا أشار الرسول عليه السلام ، وقال : « لا تسبوا الدهر ؛ فإن الله هو الدهر »^(٣) وليس ينقدح لي في الدهر معنى إذا كان مطلقاً ، وقرن بالمضي إلا الحمل على العصر ، فإنه يقال مضى عصر الأكاسرة ، وانقضى دهرهم / ، ولست واثقاً بهذا أيضاً ، والذي حكيته عن الأصحاب تنزيل الدهر والعصر منزلة الحين والزمان .

فَرَجَّحَ : ٩٣٢١- قال صاحب التقريب : إذا قال : أنت طالق اليوم إذا جاء الغد ، فلا يقع أصلاً ، فإنه علق وقوع الطلاق في اليوم على مجيء الغد ، فلا يقع الطلاق قبل

(١) لم نصل إلى هذا النقل عن أبي حنيفة في كتب الأحناف التي رجعنا إليها ، أما المسألة فانظر المبسوط ٦/ ١٠٥ ، ١١٤ ، وفتح القدير ، والكفاية : ٣/ ٣٧١ .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) حديث : « لا تسبوا الدهر... » أخرجه مسلم في كتاب الألفاظ من الأدب وغيرها ، باب كراهية تسمية العنب كرمًا ، ح ٢٢٤٧ .

مجيء الغد ، ثم إذا جاء الغد ، فقد مضى اليوم ، فلا يمكننا أن نوقع الطلاق في الزمان الماضي .

ولا يبعد أن يقال : يقع الطلاق إذا جاء الغد مستنداً إلى اليوم ، كما لو قال : إذا قدم زيد ، فأنت طالق قبل قدومه بيوم ، فالمسألة مشككة .

فروع ذكرها ابن الحداد من مسائل الخلع

٩٣٢٢- منها : إن الرجل إذا قال لامرأته : أنت طالق ثنتين إحداهما بألف ، فنقول : لا تخلو المرأة إما أن تكون مدخولاً بها ، وإما ألا تكون مدخولاً بها ، فإن كانت مدخولاً بها ، فلا يخلو إما أن قبلت الألف أو لم تقبلها : فإن قبلت الألف ، حكمنا بوقوع الطلقتين على الصحيح ، وسنذكر فيها خلافاً في أثناء المسألة ، إن شاء الله .

وإن لم تقبل الألف ، فهل يقع طلقة واحدة أم لا ؟ فعلى وجهين : أحدهما - لا يقع شيء ؛ فإنه ذكر عوضاً في مقابلة إحداهما ، وجعل الأخرى تابعة لها ، فإذا لم تقع التي هي بعوض ، فلا تقع الأخرى .

والوجه الثاني - تقع واحدة من غير عوض رجعية ؛ فإنه علق إحداهما بعوض ، ولم يعلق الأخرى بالعوض ، فينبغي أن تقع ، فلا تفتقر إلى القبول ، قال الشيخ هذا هو القياس ، واختار ابن الحداد الوجه الأول .

ثم قال رضي الله عنه ، ولا خلاف أنه لو قال : أنت طالق ثنتين واحدة بألف ، والأخرى بغير شيء ، فتقع تلك الواحدة من غير قبول ، [وحكي]^(١) الوفاق في هذه الصيغة ، وليس يبعد عندنا طرد الوجهين فيها أيضاً تشبيهاً^(٢) بالمسألة الأولى .

فإن قلنا : إنه لا يقع شيء أصلاً لو لم تقبل ، فإذا قبلت وقعتا جميعاً .

وإن قلنا : إن طلقة تقع من غير قبول ، فعلى هذا كما^(٣) قال الزوج ما قاله ،

(١) في الأصل : نحكمي (رسمت هنكذا تماماً) .

(٢) في الأصل : وتشبيهاً .

(٣) كما : بمعنى كلما ، أو عندما .

حكمنا بوقوع طلقة رجعية ، فإذا قبلت فيكون ذلك بعد وقوع طلقة رجعية ، فإذا قبلت ، فيكون ذلك اختلافاً بعد وقوع طلقة رجعية .

وقد اختلف المذهب في أن الرجعية هل يصح اختلاعها ؟ فإن جَوَزناه ، فقد لزمها الألف وبانت ، وإن قلنا : لا يلزمها المال أصلاً ، قال الشيخ : فهل يقع الطلاق الثاني رجعياً مع الأوّل ، فيقع طلقتان رجعيتان ، فعلى وجهين : أحدهما - لا يقع ؛ فإن المال لم يلزم وهو [ملازمٌ للمال]^(١) .

والثاني - إنه يقع ؛ فإن المرعي في وقوع الطلاق القبول ، وقد جرى ، فأشبه ما لو خالغ امرأته المحجورة .

هذا كله إذا كانت المرأة مدخولاً بها .

٩٣٢٣- فإن كانت غير مدخول بها والمسألة بحالها ، فإن قلنا : لا يقع طلقة من ي ١٠٨ الطلقتين إلا بالقبول ، فإن قبلت ، صح الخلع/ ووقعتا جميعاً .

وإذا قلنا : تقع طلقة مجّاناً ، فتبين بها قبل أن تجيب ، ولا يصح الخلع أصلاً ، فلا حكم لقبولها ، فإنه جرى بعد البيونة .

وفي المسألة مباحثةٌ تُطلع على لطفها وسرّها ، وذلك أنا إذا قلنا : لا يقع شيء إذا لم تقبل ، فإذا قبلت ، وقعت الطلقتان ، فإحداهما تُقابل بالعوض والأخرى عريّةٌ عن العوض ، والطلاق المقابل بالعوض في حق المدخول بها مُبينٌ ، والطلاق الذي لا عوض معه ، ولا يحصل استيفاء العدد به ليس بمُبين ، فيقع طلاقان : أحدهما - المبين ويقرن [به]^(٢) طلاق على نعت الطلاق الرجعي .

٩٣٢٤- ولو قال لامرأته التي دخل بها : إذا طلقتك ، فأنت طالق ، ثم خالغها ، طُلِّقت طلقةً بعوض ، ولم تلحقها الطلقة المعلقة ؛ فإنها لو لحقتها ، لصادفت بينونةً ، واقتران البيونة يمنع وقوع الطلاق ، كما أن تقدّم البيونة يمنع استعقاب الطلاق ، فكيف يقع طلاقان مختلفان أحدهما بمال والآخر عريّةً عن العوض ، فالطلاق المُبين

(١) في الأصل : غير مقروءة (انظر صورتها) .

(٢) في الأصل : بها .

ينافي وقوع الطلاق الذي لو انفرد ، لكان رجعيًا .

وإن قيل في جواب ذلك : لا يمتنع في الاجتماع هذا ؛ فإن من طلق امرأته ثلاثاً ، فلو فرضنا الاقتصار على طلقتين ، لكانتا رجعيتين ، والثالثة توقع الحرمة الكبرى ، ثم لم يمتنع الاقتران .

وهذا لا يدفع بالسؤال ؛ فإن الثلاث إذا جمعت ، فحكمها تحريم العقد ، ولا يتصف طلقة منها بكونها رجعية ، بل حكم جميعها تحريم النكاح ، والطلاق بالمال متميز عن الطلاق المقترن به صفةً وحكماً ، فيقع الطلاق المقترن به مع البينة ، والواقع مع البينة يصادف بائة ، وإذا صادف بائة ، وجب ألا يمتنع وقوعه بعد البينة .

فوجه الجواب إذاً أن نقول : إذا فرعنا على أن المرأة لو لم تقبل المال ، لم يقع واحدة من الطلقتين ، فاستحقاق المال يتعلق بالطلاقين ، وإن أثبت أحدهما أصلاً والثاني تبعاً ، فسبب وقوع التابعة ارتباطها ؛ بالأخرى ؛ من حيث إنها تتوقف على قبول المال توقف الأخرى .

هذا هو الوجه في الانفصال عن السؤال ، وقد تركنا على الناظر فضلَ نظر ، فليُنظر ، فقد مهدنا السبيل .

٩٣٢٥- ولو قال : أنت طالق ثلاثاً على ألف ، فقالت : قبلتُ واحدة ، أو قالت : قبلت واحدة بثلاث الألف ، فلا يقع الطلاق أصلاً ، وبمثله لو قالت المرأة لزوجها : طلقني ثلاثاً بألف ، فطلقها واحدة ، استحق ثلث الألف .

وقد قدمنا هذا في أصول الخلع ، واستفرغنا الوُسع^(١) في الفرق .

قال الشيخ : رأيت لبعض أصحابنا تخريجاً في جنب الزوج ، أنها إذا سألت ثلاثاً بألف ، وأجابها إلى واحدة لم يستحق شيئاً ، ولم يقع الطلاق قياساً على جانبها . وهذا غريب جداً .

ولو قال لامرأته : أنت طالق على ألف ، فقالت : قبلت واحدة بألف/ ، قال ١٠٨ ش

(١) عبارة الأصل : واستفرغنا الوُسع في الوُسع ، في الفرض . . .

الشيخ : المذهب الصحيح أن الطلاق يقع على الجملة على ما سنفصله ، إن شاء الله ، وإنما قلنا ذلك ، لأن التعويل في جانبها على قبول المال ، وقد قبلت المال .

ومن أصحابنا من قال : لا يقع الطلاق لاختلاف الإيجاب والقبول ، فأشبه ما لو قال الرجل : بعت منك هذين العبدین بألف ، فقال المخاطب : قبلت البيع في هذا العبد بألف ، فلا يصح البيع .

قال الشيخ ويحتمل أن نقول : يصح البيع في ذلك العبد بالألف ، تخريجاً على أصل وهو أنه لو قال لو كيله : بع عبدي هذا بألف ، فباعه بألف وثوب ، فهل يصح ذلك ؟ فيه قولان وتفصيل طویل .

وهذا التخريج في البيع بعيد ؛ من قبل أن المخاطب في البيع إذا غير طريق المقابلة يخرج كلامه عن كونه جواباً ، والمرأة إذا قبلت الألف ، فتعرضها لعدد الطلاق وتوحيده لا معنى له ، فإذا عرفت أن الأصح وقوع الطلاق ، فكيف يقع ؟

اختلف أصحابنا في المسألة : فمنهم من قال : يقع واحدة ، فإنها قبلت واحدة ، وهذا ظاهر كلام ابن الحداد . وإن لم يصرح به ، وذلك أنه قال : قد أجابته وزادته خيراً ، فلو كان يقع الثلاث ، لما كان لما قاله ابن الحداد معنى .

والوجه الثاني - وهو اختيار القفال أنه يقع الثلاث ، وهذا هو المذهب الصحيح ، وذلك أن قبول الطلاق وتفصيله ليس إليها ، وإنما إليها قبول المال فحسب ، فمهما^(١) قبلت ما رامه الزوج من المال ، وقع ما قاله الزوج من الطلاق ، وما ذكره الشيخ أبو علي من التخريج في البيع ينقدح على رأي ابن الحداد ، ولا خروج له على الأصح الذي اختاره القفال ، ولا يخفى ذلك على الناظر .

ثم إذا حكمنا بوقوع الطلاق ، فالمذهب الصحيح أن الألف يلزم .

قال الشيخ : رأيت لابن سريج وجهاً أن العوض يفسد ، والرجوع إلى مهر المثل ، قال الشيخ ، وهذا محتمل [إن]^(٢) قلنا : يقع طلبة واحدة ، بل هذا [أوجه]^(٣) على

(١) « مهما » بمعنى : « إذا » .

(٢) في الأصل : وإن قلنا . (وحذف الواو تصرفاً منا) .

(٣) في الأصل : الوجه .

هذا الوجه ، وإن قلنا يقع الثلاث ، ففساد العوض أبعد على ذلك .

٩٣٢٦- ثم ذكر ابن الحداد مسائل في الاختلاف نشير إلى بعضها ؛ فإن أكثرها متعلق بكتب ستأتي ، إن شاء الله .

فمما ذكره أن الرجل إذا كان تحته صغيرة وكبيرة ، فخالع الكبيرة ، على مال ، وأرضعت الكبيرة الصغيرة ، وأشكل الأمر ، فلم ندر أيهما أسبق ، ولا يخفى حكم سبق كل واحدٍ منهما لو ظهر ، فلو سبق الرضاع ، لغا الخلع ، ولو سبق الخلع صح ، ولا أثر للرضاع في الإفساد ؛ فإن اختلف الزوجان ، نُظِر : إن اتفقا على وقت الخلع ، وأنه جرى يوم الجمعة ، واختلفا في وقت الرضاع ، فقال الزوج : جرى يوم السبت ، فقالت : بل يوم الخميس ، فالقول قول الزوج ، والأصل بقاء النكاح يوم الخميس ، وإن اتفقا على أن الرضاع كان يوم الجمعة ، واختلفا في الخلع ، فقال الزوج : كان يوم الخميس وقالت : لا بل يوم/ السبت ، فالقول قولها ؛ فإن الأصل بقاء النكاح ، وذكر ١٠٩ ي من هذا الجنس مسائل ستأتي في كتب ، إن شاء الله ، فلم نأت بها .

قَرَّعَ : ٩٣٢٧- إذا قالت المرأة لزوجها ، طلقني على ألف درهم طلاقاً ، فقال : طلقتك بخمس مائة ، فالمذهب أن الطلاق يقع بمجرد ذلك .

ومن أصحابنا من قال : لا يقع لاختلاف الإيجاب والقبول ، كما لو قال : بعني عبدك بألف ، فقال بعته بخمس مائة ، قال الشيخ أبو علي : تصحيح البيع محتمل عندي ، وقد قدمنا لذلك نظيراً .

ثم إذا وقع الطلاق ، فكم يستحق الزوج ؟ فعلى وجهين ذكرهما الشيخ : أحدهما - أنه يستحق تمام الألف ؛ فإن تقدير المال إليها ، والطلاق إليه .

والوجه الثاني - أنه لا يستحق إلا خمسمائة ؛ فإنه رضي بها ولم يقبل الملك إلا فيها ، والعوض لا يُملَك إلا بتمليك وتملك ، ويحتمل عندي أن يُخرَج وجهٌ في المسألة في فساد العوض ، والرجوع إلى مهر المثل .

وقد ذكر الشيخ لهذا نظيراً فيما سبق ، ولم يذكره هاهنا .

ولو قال الرجل لآخر : إن رددت علي عبدي الآبق ، فلك علي دينار ، فقال

المخاطب : أردته بنصف دينار ، فالوجه عندي القطع بأنه يستحق الدينار ؛ فإن القبول لا أثر له في الجعالة ، وقد يتقدح فيه خلاف أيضاً ؛ فإن قبول المال لا أصل له في الخلع أيضاً ، فالطلاق ثمَّ كردَّ العبد هاهنا ، غيرَ أن الطلاق قولٌ شرط اتصاله بالاستدعاء ، فضاهى القبول ولبسه^(١) .

فَبَيِّنْ : ٩٣٢٨- الزوج إذا ادعى اختلاع امرأته بألف درهم ، فأنكرته ، فأقام شاهداً وحلف معه ، أو شاهداً وامرأتين ، ثبت المال ؛ فإن المال يثبت بما ذكرناه ، أما الفرقة ، فقد ثبتت^(٢) بقوله .

ولو ادعت المرأة الخلع ، فأنكره الزوج ، فلا بد من شاهدين ؛ فإن غرضها إثبات الفرقة .

قال الشيخ : لو ادعى الرجل الوطء في النكاح ، وغرضه إثبات العدة والرجعة ، فلا يقبل منه إلا شاهدان [إن]^(٣) أراد إقامة البينة .

ولو ادعت المرأة مهرأ في النكاح ، وأنكر الزوج أصل النكاح ، فأقامت شاهداً ويميناً على النكاح ، وغرضها إثبات المهر ، قال الشيخ : لم يثبت شيء بخلاف ما قدمناه ، وذلك أن النكاح ليس المقصود منه إثبات المال ، وإنما المال تابع ، والنكاح لا يثبت إلا بشهادة عدلين .

وكان شيعي يقول : يثبت المهر إذا قصدته . وما ذكره الشيخ أبو علي أفقه^(٤) ؛ فإنها وإن أثبتت مقصود المال ، فمقصودها في النكاح غيرُ المال ، والشاهد لهذا أن الشافعي لم يقض بانعقاد النكاح بحضور رجل وامرأتين ، وهذا مشعر بأن النكاح من الجانبين لا يثبت إلا بعدلين ، ولا يثبت شيء من مقاصده ، وفي المسألة احتمال على حال .

(١) كذا . بهذا الرسم تماماً ، ولم أدلها وجهاً . (انظر صورتها) .

(٢) في الأصل : تثبت .

(٣) زيادة من المحقق . وهي موجودة فيما نقله السبكي في طبقاته عند ترجمته للإمام .

(٤) جزم الرافي بأن المهر يثبت بالشاهد واليمين ، ولكن السبكي نقل المسألة كاملة ، وأطال النفس في الانتصار لقول الإمام راداً لكلام الرافي (ر . الطبقات : ٥ / ٢٢٠) .

وسأجمع بتوفيق الله في الدعاوى والبيّنات قواعد المذهب فيما يثبت بالشاهد والمرأتين ، وما لا يثبت إلا بعدلين .

وإلى الله / الابتهاال في تصديق الرجاء وتحقيق الأمل ، وصرف ما نتعب فيه إلى نفع ١٠٩ ش المسلمين ، وقد نجز ما حصرنا من مسائل الطلاق أصلاً وفرعاً ، وستأتي بقايا في الرجعة ، والإيلاء ، والظهار ، إن شاء الله .

٩٣٢٩- وقد كنا وعدنا أن نجمع في آخر الكتاب قولاً ضابطاً يجري مجرى التراجم المذكّرة ، والكتابُ مشتمل على أحكام وتصرفٍ في ألفاظ ، فأما الأحكام ، فلها أصول ، وقد تمهدت وتفرعت .

وأما الألفاظ ، فالكلام فيها على أنحاء ، منها : القول في الصريح والكناية ، وقد مضى موضّحاً ، ولا مغلّط عما هو صريح لفظاً ومحلاً وصيغةً إلا بجهات التدين ، وقد انتظمت قواعد التدين .

والقول في الكنايات مضبوط ، فلا حاجة إلى إعادته ، والصرائح تجري على صيغ ، وصلات ، وتكريرات تتردد بين التأكيد والتجديد وغيرها ، فيلقى الفقيه أقساماً [وربما]^(١) يقتضي الإطلاق وقوعاً ، وينتظم في إبداء تأويل يخالف الوقوع خلاف^(٢) . وربما يقع الوفاق في قبول التأويل ، ويجري في الإطلاق خلاف . وقد قدمت مراتب المذهب فيه .

هذا كله تصرف في الصريح والكناية ومبانيها وصلاتها ، ومحالها .

٩٣٣٠- فأما ألفاظ المطلّقين في صفاتهم وتعليقاتهم ، فلا ضبط لها ، فكل ما يتفق فيه موجب اللسان والعرف ، فالحكم به ، ولا حيد عنه إلا بالتدين على شرطه^(٣) . وإذا أشكل اللفظ في اللسان والعرف ، فإن كان مثبّجاً^(٤) ، فلغو ؛ فإن النية

(١) في الأصل : وبما .

(٢) خلاف : فاعل لقوله : ينتظم .

(٣) على شرطه : أي على شرط التدين .

(٤) مثبّجاً : ثبّج الرجل الكلام والخط ثبجاً عماهما ولم يبينهما . (المعجم) فالكلام المشبّج أي المعتمى الذي لا يعرف له معنى .

المجردة لا توقع الطلاق ، وإن كان مردداً بين الاحتمالات ، فليس إلا مراجعة صاحب اللفظ .

وإن اقتضى اللسان معنىً والمفهومُ في عرف الاستعمال غيره ، فيختلف العلماء في أن المتبع اللسان ، أو ما يسبق إلى الفهم في اطراد العرف ، وعلى هذا التردد خرجت مسائل المعاياة ، وذكرنا أن المختار اتباعُ العرف ؛ فإن العبارات لا تُعنى لأعيانها ، وهي على التحقيق أماراتٌ منصوبة على المعاني المطلوبة ، وهذا منتهى المراد .

* * *

كتاب الرجعة

٩٣٣١- الأصل في الرجعة الكتاب والسنة والإجماع ، فأما الكتاب ، فقوله تعالى :

﴿ وَيُعْذِرُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ [البقرة : ٢٢٨] والرد : الرجعة باتفاق المفسرين ، وقال تعالى : ﴿ أَلْطَلَقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ ﴾ [البقرة : ٢٢٩] قيل : أراد بالإمساك الرجعة في العدة ، وأراد بالتسريح أن يتركها حتى تنسرح بانقضاء العدة ، وقيل : الإمساك في الآية ليس رجعة ، والمراد مخاطبة الأزواج بأن يمسكوا بالمعروف ، أو يسرحوا بالإحسان .

وذكر الشافعي في أول الكتاب آيتين أحدهما قوله تعالى : ﴿ فَإِذَا بَلَغَ أَجَلُهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ [الطلاق : ٢] والأخرى قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمَّا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾ [البقرة : ٢٣٢] ثم قال : دل سياق الكلامين على افتراق البلوغين ، فالبلوغ في قوله : ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ / أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ ﴾ بمعنى مقارنة انقضاء العدة ، لأن العدة إذا انقضت ، فلا سبيل إلى الإمساك ، ولا ينتظم التخيير بينه وبين التسريح ، والبلوغ في الآية الثانية بمعنى انقضاء العدة ؛ فإن النهي عن العضل لا يتحقق إلا عند انقضاء العدة ، أما البلوغ بمعنى الانقضاء ، فبين لا يحتاج فيه إلى تأويل ، وأما البلوغ بمعنى المقاربة ، ففيه ضرب من التوسع ، وهو على مذهب قول القائل : « بلغت البلدة » إذا قاربها ودنا منها .

والأصل في الرجعة من جهة السنة ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر في ابنه عبد الله « مُرّه فليراجعها » الحديث .

وأجمع المسلمون على ثبوت الرجعة ، فمن يملك ثلاث طلاقات يتصور منه رجعتان أحدهما بعد الطلقة الأولى ، والثانية بعد الثانية ، والطلقة الثالثة تُحرّم عقد النكاح تحريماً ممدوداً إلى التحليل والتخلي من نكاح المحلل وعِدته .

والعبد يملك طلقتين ورجعة واحدة ، ثم الاعتبار عندنا في عدد الطلاق برق الزوج وحرية ، فالحر يملك ثلاث طلاقات ، سواء كانت زوجته حرة أو رقيقة ، والعبد يملك

طلقتين سواء كانت زوجته حرةً أو رقيقةً ، وأبو حنيفة^(١) اعتبر في عدد الطلاق رق الزوجة وحرّيتها ، والمسألة مشهورة في الخلاف .

فصل في

قال : « والقول فيما يمكن فيه انقضاء العدة قولها . . . إلى آخره »^(٢) .

٩٣٣٢- مقصود هذا الفصل يتعلق بالأصناف التي تتعلق العدة بها ، فنذكر في كل صنف ادعاء المرأة انقضاء العدة ، فإن كانت من ذوات الأشهر ، بأن تكون آيسة متقاعدة عن الحيض ، فإذا ادعت انقضاء الأشهر وأنكر الزوج ، فهذا الخلاف في التحقيق يرجع إلى وقت الطلاق ، وإذا اختلف الزوجان في وقت الطلاق ، فالقول قول الزوج مع اليمين لا محالة ؛ إذ الرجوع إلى قوله في أصل الطلاق وعدده ، فالقول قوله في وقت الطلاق . وحقيقةً هذا يرجع إلى نفي الطلاق وإثباته في الوقت المعين ، فهي تدعي الطلاق فيه ، والزوج ينكر .

فأما إذا كان انقضاء العدة بوضع الحمل ، وهذا ينقسم ثلاثة أقسام : أحدها - أن تدعي إسقاط سقط^(٣) ظهر فيه التخطيط والتخليق ، فالقول قولها مع اليمين ؛ إذ لا طريق إلى معرفة ذلك إلا من جهتها ، فكان الرجوع إليها ، كما لو ادعت الحيض ، ولا يشترط أن تأتي بالسقط وتُريه الناس ، وإن كان ذلك داخلياً في الإمكان ؛ فإنها وإن فعلت ذلك ، لم نتحقق أن السقط منها ، فلا معنى لتكليفها ذلك .

ثم ذكر القاضي وبعض المصنفين أن إسقاط السقط إنما يكون في مائة وعشرين يوماً ، فإن ادعت ذلك في هذه المدة من يوم إمكان الوطء بعد النكاح ، قبل ذلك

(١) ر . مختصر الطحاوي : ٢٠٤ ، مختصر اختلاف العلماء : ٤٠٧/٢ مسألة ٩١٣ ، رؤوس المسائل : ٤١٧ مسألة ٢٩٠ ، الغرة المنيفة : ١٦١ ، طريقة الخلاف : ١١٣ مسألة ٤٧ ، وإيثار الإنصاف : ١٥٩ .

(٢) ر . المختصر : ٨٨ .

(٣) سقط : قال في المختار : مثله السين ، وفي المصباح اقتصر على الكسر ، وفي المعجم الوسيط ضبطها بالضم فقط .

منها ، وإن ادعت إسقاط السَّقَط لأقلَّ من ذلك من يوم النكاح ، لم يقبل ذلك منها .
قال/ ابن مسعود رضي الله عنه : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « بدء خلق ١١٠ ش
أحدكم في بطن أمه أربعون يوماً نطفة ، وأربعون يوماً علقه ، وأربعون يوماً مضغة ، ثم
يبعث الله ملكاً فينفخ فيه الروح ، ويكتب أجله ورزقه ، ويكتب [أشقي] ^(١) هو أم
سعيد ^(٢) .

ولو ادعت إسقاط لحم ، لم يظهر فيه التخطيط ففي انقضاء العدة بوضعه قولان ،
سيأتي ذكرهما في كتاب العدد ، إن شاء الله .

فإذا قلنا : لا تنقضي العدة بوضعه ، فلا معنى لادعائها ، وإن قلنا : تنقضي العدة
به ، فالقول فيه كالقول في القسم الأول ، فيقبل قولها مع يمينها ، ثم إن ادعته لثمانين
يوماً من يوم النكاح ، صُدِّقَتْ وحُلِّفَتْ ، وإن ادعته لأقلَّ من ذلك من يوم النكاح ، لم
تصدق ، وإذا كنا في أمثال هذه المدد والحكم بالأقل منها والأكثر نرجع إلى الوجود -
مع ما فيه من الخبط والاضطراب - فإذا وجدنا فيه مستمسكاً من خبر الرسول صلى الله
عليه وسلم ، كان أولى بالتعلق ، وقد دل حديث ابن مسعود أن التخليق في المائة
والعشرين ، وانعقاد اللحم على تواصل والتتام في ثمانين يوماً .

ولو ادعت ولادة ولدٍ كامل الخلق ، فالقول فيه قولها في ظاهر المذهب ، وقال
أبو إسحاق : لا يقبل قولها ؛ لأن الولادة تشهدها القوابل في الغالب بخلاف السَّقَط فإن
سقوطه يفجأ ، والولد التام يقدم انفصاله الطَّلُق ، والولادة فيه على الجملة مشهودة ،
وهذا المذهب متروك على أبي إسحاق ، والأصح تصديقها ؛ فإن النساء مؤتمنات في
أرحامهن ^(٣) .

٩٣٣٣- فأما إذا كانت عدتها بالأقراء ، فادعت انقضاء العدة ، فهذا من حقه أن

(١) الزيادة من كتب الحديث .

(٢) حديث ابن مسعود متفق عليه (البخاري : كتاب بدء الخلق ، باب ذكر الملائكة صلوات الله
عليهم ، ح ٣٢٠٨ ، مسلم : كتاب القدر ، باب كيفية خلق آدمي ، ح ٢٦٤٣) .

(٣) خالف في ذلك ابن أبي عسرون ، فقال : « والقياس مع أبي إسحاق ، وما في أرحامهن
محمول على الحيض والإسقاط » صفوة المذهب : جزء (٥) ورقة : ٥١ يمين .

يذكر في كتاب العدد ، ولكن توافقَ الأصحابُ في المجموعات والمصنفات على ذكره [في الرجعة] ^(١) ؛ فإن الحاجة ماسة [إلى ذلك] ^(٢) في أمر الرجعة وبقائها وانقضائها ، فالمرأة لا تخلو إما أن تكون مبتدأة ، أو معتادة ، فإن كانت معتادة ، فلا تخلو إما أن تكون عاداتها مختلفة ، وإما أن تكون أدوارها مستقيمة ، فإن كانت عاداتها مختلفة ، أو كانت عاداتها مستقيمة على الأقل في الطهر والحيض ، نظر :

فإن طلقها في حالة الطهر ، فأقل مدة تصدق فيها على انقضاء العدة اثنان وثلاثون يوماً ولحظتان ؛ لأننا نقدر وقوع الطلاق ، وقد بقي من الطهر لحظة ، فنحسبها قرءاً ، ثم بعدها يوم وليلة حيض ، ثم خمسة عشر طهر ، ثم يوم وليلة حيض ، ثم خمسة عشر طهر ، ثم تطعن في حيضة بلحظة ، وهذه اللحظة للاستبانة محسوبة من العدة . فإن ادعت انقضاء العدة في اثنين وثلاثين يوماً ولحظة واحدة ، فهذا يخرج على قول للشافعي في أن القرء وهو الانتقال من الطهر إلى الحيض .

فعلى هذا إذا قال : أنت طالق في آخر جزء من طهر ، فيقع الطلاق في الجزء الأخير من الطهر ، ويُحسب انتقالها إلى الحيض قرءاً ، فيسقط لحظة / ، وعلى المشهور لا بد من لحظة من الطهر بعد الطلاق ، وقول الانتقال لا يتصور إلا إذا كان الطلاق معلقاً ، بآخر جزء من الطهر ؛ فإنه لا يمكن تنجيز طلاق مع درك مصادفته للجزء الأخير من الطهر ، وإذا علق ، وقع كذلك .

٩٣٣٤- وإن طلقها في حالة الحيض ، فأقل مدة تُصدَّق فيه على انقضاء العدة سبعة وأربعون يوماً ولحظة ؛ لأننا نقدر وقوع الطلاق في آخر جزء من الحيض بالتعليق ، فيمضي خمسة عشر يوماً وهي طهر ، ثم يوم وليلة حيض ، ثم خمسة عشر يوماً ، ثم يوم وليلة ، ثم خمسة عشر ، ثم تطعن بلحظة في الدم ، وهذه اللحظة للاستبانة ، وليست محسوبة من العدة ، ولم نشترط في أول العدة أن تبقى من الحيض لحظة ؛ لأن زمان الحيض لا يحتسب من العدة ، بخلاف ما قدمناه في زمان الطهر ؛ فإن اللحظة

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) زيادة لاستقامة العبارة .

الأخيرة محسوبة من العدة معدودة قرءاً ، والانتقال من الطهر إلى الحيض معدود قرءاً في قول بخلاف الانتقال من الحيض إلى الطهر .

فهذا بيان أقل زمان يفرض انقضاء العدة فيه ، إذا صادف الطلاق الطهر أو الحيض ، فإن ادعت الانقضاء في زمان ممكن ، صدقت مع اليمين .

وإذا ادعت الانقضاء في زمان أقل مما ذكر ، فلا شك أنا لا نصدقها ؛ فإنها ادعت ما لا يوافقها الإمكان ، فلو مضى من الزمان ما انتهى به الأمد إلى حد الإمكان ، فإن كذبت نفسها فيما ادعته من قبل ، وابتدأت^(١) عند مضي زمان الإمكان ، فادعت الانقضاء الآن ، صدقت بلا خلاف .

وإن أصرت على دعواها الأولى التي كذبناها فيها ، ثم انقضى من الزمان ما يتصل به الإمكان ، فهل نصدقها الآن ؟ فظاهر المذهب أنا نصدقها ، ولا معول على ما سبق منها ، وإصرارها على دعوى انقضاء العدة بمثابة ابتدائها الدعوى بعد تحقق الإمكان .

وهذا يناظر ما لو ادعى المخروص عليه في الزكاة غلطاً متفاحشاً على الخارص لا يتفق وقوع مثله لخبر بالخرص ، [فقول]^(٢) المخروص عليه مردود في المقدار المتفاحش ، وهل يقبل قوله في المقدار الذي يقع مثله للخارص المتدرب ؟ المذهب أنه يقبل قوله في ذلك المقدار ، وإن كانت دعواه متعلقة به وبالزائد عليه المنتهي إلى ما يندر وقوعه .

ومن أصحابنا من قال : إذا أصرت المرأة على دعواها الأولى ، ولم تكذب نفسها فيما سبق منها ، ولم تستفتح دعوى ممكنة ، فلا يقبل قولها ؛ فإن انقضاء العدة مما لا يتكرر ، والذي ادعته مردود ، ولم تدع دعوى أخرى ، فتقبل والحالة هذه ، وهذا الوجه له اتجاه في المعنى ، وإن كان الأظهر غيره .

والقائل الأول يقول : إذا كنا لا نصدقها وهي مصرّة أدّى ذلك إلى أن ينقضي الزمن الأمد ولا نحكم بانقضاء عدتها بالبادة التي صدرت منها .

(١) أي ابتدأت الدعوى .

(٢) في الأصل : فنقول .

ش ١١١ [وكل]^(١) ما ذكرناه فيه إذا كانت/ عاداتها مضطربة أو كانت عاداتها مستقيمة على الأقل في الحيض والطهر .

٩٣٣٥- فأما إذا كانت عاداتها مستقيمة على الأغلب في الحيض والطهر مثلاً ، فادعت انقضاء العدة في أقل من ثلاثة أقرأ معهودة في أدوارها ، فهل يقبل قولها أم لا ؟ فعلى وجهين : أحدهما - وهو الأصح - أنه يقبل ؛ لأن العادة قد تتغير وتتبدل بالزيادة والنقصان ، والتقدم والتأخر ، والأصل تصديقها إذا أخبرت بممكن .

ومن أصحابنا من قال : لا تصدق ؛ لأن العادة المستمرة تخالف ما تذكره ، وهذا الوجه وإن كان مشهوراً في الحكاية ، فهو بعيد في الاتجاه .

ثم اختلف الأئمة في أن العادة هل تثبت بالمرة الواحدة ؟ والأصح ثبوتها بها كما قدمناه في كتاب الحيض .

وإذا فرعنا على الرجوع إلى عاداتها فيما نحن فيه ، فيبعد عندي التعويل على المرة ، ويبعد أيضاً التعويل على المرتين ، ولست أرى لهذا الوجه ضبطاً ننتهي في التفرع إليه ، والتفاريع محنة^(٢) الأصول بها يبين فسادها وسدادها ، ثم لا وجه عندنا مع ما نبهنا عليه من الإشكال إلا الرجوع إلى العادة المعتبرة في الحيض ، ويجب طرد الخلاف في المرة الواحدة .

٩٣٣٦- وإن كانت المرأة مبتدأة ، ففيما تصدق على انقضاء العدة ؟

فيه وجهان مبنيان على أن القراء عبارة عن ماذا ؟ فإن جعلناه عبارة عن الانقلاب ؛ فإنها تصدق في اثنين وثلاثين يوماً ولحظة ؛ فإننا نقدر وقوع الطلاق في اللحظة التي تعقبها الحيضة الأولى ، وهذا القائل يقول : الصغيرة إذا حاضت بعد الطلاق ، [احتسب]^(٣) لها ما جرى قرءاً .

(١) في الأصل : ولكن .

(٢) محنة : محنته محناً من باب نفع اختبرته ، وامتحنته ، والاسم المحنة (المصباح) .

(٣) في الأصل : واحتسب .

وإن لم نجعل الانقلاب إلى الحيض قرءاً وجعلنا القرء عبارة عن طهرٍ يحْتَوِشُهُ دمان ، فلا نعتد بما يتقدم على الحيضة الأولى طهراً ، وتفصيل هذا على كماله يأتي في كتاب العدة ، إن شاء الله ؛ فإذا لا تنقضي عدتها في أقل من ثمانية وأربعين يوماً ولحظة تطعن بها في الدم ؛ فإنه تمر عليها ثلاثة أطهار وثلاث حيض ، والمسألة فيه إذا صادفها الطلاق قبيل الحيضة الأولى .

فهذا تمام المراد في ذلك ، فإن أغفلنا البسط التام ، فذاك لتعلقه بأصول العدد ، وقد ذكرنا في هذا الموضع ما فيه كفاية لغرض الفصل .

فصل في

قال الشافعي : « وهي محرمة عليه تحريم المبتوتة . . . إلى آخره »^(١) .

٩٣٣٧- الطلاق الرجعي عندنا يحرم الوطء ، وجميع الاستمتاع من اللمس والنظر ، وهي في التحريم كالبائنة ، والشافعي شبهها بالمبتوتة في أصل التحريم ، لا في صفته ؛ فإن تحريم المبتوتة لا يدفعه إلا نكاحٌ مستجمع لشرائط الشرع ، بخلاف الرجعية ، ووطء المبتوتة مع العلم بالتحريم يوجب الحد ، ووطء الرجعية لا يوجب الحد ، و/ قد هَدَى بعض الناس بإيجابه في الرجعية ، ولعله أخذ من القول القديم في ١١٢ ي وجوب الحد على من وطئ مملوكته المحرمة عليه بالرضاع ، أو وطئ مملوكته وقد زوجها ، وهذا على نهاية البعد ؛ فإن الرجعية مستحلّة الوطء عند شطر الأمة ، فهذا إذا غير معتد به ، ولا عود إليه .

ثم أطلق الأصحاب القول بأن الطلاق الرجعي يؤثر في الحل وإزالة الملك ، ولكنه قابل للارتجاع والرد ، ورُبَّ ملك يزول مع إمكان التدارك فيه .

٩٣٣٨- ثم قال الأصحاب : انتظم من قواعد المذهب ثلاثة أقوال في أن الطلاق الرجعي هل يزيل الملك ، قولان منها مأخوذان من [أصول ثلاثة للشافعي]^(٢) أحدها -

(١) ر . المختصر : ٨٨ / ٤ .

(٢) في الأصل : أصول للشافعي ثلاثة .

مخالعة الرجعية ، وفيها قولان : أظهرها - أنها جائزة ، والثاني - الإشهاد على الرجعة ، وفي وجوبه قولان .

والثالث^(١) - أن مدة أربع سنين^(٢) تعتبر من وقت الطلاق أو من وقت انقضاء العدة ، يعني عدة الرجعية ، وفيه قولان .

وأما القول الثالث ، فهو التوقف ؛ فإن انسحرت تبينا زوال الملك بالطلاق ، وإن روجعت ، تبينا أنه لم يزل ، وهذا القول مأخوذ من قول بعض أصحابنا : إن الرجعية إذا وطئها زوجها نظر : فإن راجعها في العدة ، لم يلتزم المهر بوطئها ، وإن تركها حتى انقضت عدتها ، لزمه المهر ، وسنذكر هذا مفصلاً على أثر ذلك ، إن شاء الله .

فاستنبط الأصحاب عن هذه الأصول ثلاثة أقوال ، وهي شبيهة بالأقوال في أن الملك في زمان الخيار في البيع لمن ؟ والذي عندنا فيه أن المصير إلى زوال الملك خروجٌ عن المذهب ، وقد قال الشافعي : الرجعية زوجة بخمس أي من كتاب الله ، وذكر الآيات المتعلقة بالأحكام التي استشهد بها ، وكيف لا تكون زوجةً وهي وارثةٌ وموروثةٌ ، والتوريث لا يقع من الجانبين إلا بالنكاح ، والطلاق يلحقها ، ولا تطلق إلا منكوحة ، ولا ينكحها مُطَلَّقةً ، بل يرتجعها ، فهي إذاً صائرة إلى البينة لو لم يرتجعها زوجها .

وأما أخذ زوال الملك من وجوب الإشهاد ، فساقط ؛ فإنه مأخوذ من التعبد لا غير ، ولو لم يكن كذلك ، لاشتراط رضاها والولي ، وأما إفساد^(٣) مخالعة الرجعية ، فهو في الأصل غير متجه . ولو كان عليه معول ، لكان امتناع الخلع لزوال الملك ، ولا تمتنع التطليق من غير عوض أيضاً بناءً على هذا الأصل ، وأما احتساب أكثر مدة الحمل من وقت الطلاق ، فسببه أنها غير مستفرشة ، ونحن لا نقنع بصورة النكاح في

(١) المراد هنا الثالث من أصول الشافعي ، أما (الثالث) الذي بعده ، فالمراد به القول الثالث في المسألة .

(٢) أربع سنين : أي أكثر مدة الحمل .

(٣) كذا . ولعلها : امتناع .

الإلحاق ، حتى لو غاب الرجل عن المرأة مدة يُقَطَّعُ بأنهما ما التقيا فيها ، فإننا لا ندخل تلك المدة في الإمكان المعتبر على ما سيأتي في موضعه ، إن شاء الله .

وأما قول الوقف ، فعلى نهاية السقوط ؛ فإن مضمونه الحكم بالبينونة مستنداً إلى الطلاق ، كما نفعل مثل ذلك في الردة الطارئة على النكاح .

٩٣٣٩- فإن قيل : لم حرمت وطأها إن كانت منكوحة/ ؟ ولم قضيتم بانقضاء ١١٢ ش عدتها ؟ والعدة لا تنقضي عن الزوج في الزوجية ؟ قلنا : هذا مثار الإشكال ، فإن كنا ننشئ زوال الملك من أصل ، فهذا أولى بالذكر من التحويل على [خيالات]^(١) ، ثم تحريم الوطء [يستند]^(٢) إلى الآثار قبل الحقائق ، والتحريم قد يحصل بعوارض ، والملك تام ، فكيف إذا ظهر التحلل ؟ وهذا مما نستخير الله فيه ، ولم يصر أحد من أصحابنا إلى إطلاق البينونة لا تحقّقاً ولا استناداً ، وإنما عبروا بالبينونة عن انبثات الملك على وجه لا يُستدرك بالرجعة .

والحاصل عندنا مما قدمناه أن الزوجية باقية ، ولكن الطلاق يُجريها - إذا كانت مدخولاً بها - إلى البينونة ، وجريانها إلى البينونة يوجب تحريمها والاحتساب بعدتها ، هذا حكم الشرع فيها ، ولا شك أنه خارج عن قياس الأقيسة الجلية ، ولا يتخلص أبو حنيفة^(٣) عن هذا الإشكال بإباحته وطأها ؛ فإنه وافق في شروعها في العدة ، والعدة لا تمضي من الزوج في صلب النكاح ، بدليل أن عدة التي آلى عنها زوجها لا تنقضي في الأربعة الأشهر ، وإن كان الإيلاء طلاقاً عند أبي حنيفة .

(١) في الأصل : احتمالات .

(٢) في الأصل : « سياق » (انظر صورتها) والمثبت تقدير من المحقق .

(٣) ر . مختصر الطحاوي : ١٩٢ ، مختصر اختلاف العلماء : ٣٨٨/٢ مسألة ٨٩٣ ، رؤوس المسائل : ٤٢١ مسألة ٢٩٣ ، المبسوط : ١٩/٦ .

فَضْلُكَ

قال : « ولَمَّا لم يكن نكاح ولا طلاق إلا بكلام ، فلا تكون رجعة إلا بكلام... إلى آخره »^(١) .

٩٣٤٠- قصد الشافعي الرد على أبي حنيفة^(٢) في مصيره إلى أن الوطء رجعة ، وأوضح من مذهبه أن الرجعة لا تحصل إلا بالكلام ، وعند أبي حنيفة الوطء واللمس بالشهوة ، والنظر إلى الفرج بالشهوة يُحصّل الرجعة ، سواء جرى على قصد إلى الرجعة أو لم يقصد الزوج الرجعة . وعن مالك^(٣) أن الوطء يكون رجعة إذا قصد الزوج به الرجعة .

فإذا تبين أن الرجعة لا تحصل إلا بلفظ أو إشارة من الأخرس قائمة مقام اللفظ ؛ فإن إشارات الأخرس تقوم مقام ألفاظ الناطقين ، فالكلام بعد ذلك في العبارات : فإذا قال الزوج : رددتك إليّ ، فهذا صريح في الرجعة ، وقد قال تعالى : ﴿ وَيُعَوِّلُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ [البقرة : ٢٢٨] ولو قال : « رددتك » ، ولم يقل : « إليّ » فهل يكون ذلك صريحاً في الرجعة أم لا ؟ ذكر الشيخ أبو علي والقاضي وغيرهما وجهين .

ولو قال : راجعتك ، كفى ذلك من غير صلة ؛ فإن هذه اللفظة مُجرأة في الاستعمال من غير صلة ، وسبب التردد في قوله : « رددتك » أن مُطلقه من غير صلة بقوله : « إليّ » قد يُفهم منه الرد الذي هو نقيض القبول ، وهذا المعنى لا يتحقق في قوله : « راجعتك » وارتجعتك . ولو قال : رَجَعْتُكَ ، فهذا مما يستعمل لازماً ومتعدياً ، تقول : رجعت رجوعاً ورجعتُ المالَ من زيد رجعاً ، فإذا قال : رجعتك ، فقد عدى إلى الضمير ، وهو الكاف ، فالوجه تنزيله منزلة قوله : ارتجعتك .

(١) ر . المختصر : ٨٨/٤ .

(٢) ر . مختصر الطحاوي : ١٩٢ ، مختصر اختلاف العلماء : ٣٨٨/٢ مسألة ٨٩٣ ، رؤوس المسائل : ٤٢٢ مسألة ٢٩٤ ، المبسوط : ١٩/٦ ، اللباب : ٥٤/٣ .

(٣) ر . الإشراف : ٧٥٨/٢ مسألة ١٣٨٤ ، عيون المجالس : ١٢٥٠/٣ مسألة ٨٧٣ ، القوانين الفقهية : ٢٣٤ ، شرح زروق : ٥٨/٢ .

ولو قال : أمسكتك ، واقتصر على ذلك ، ففيه وجهان : أحدهما - أنه صريح في الرجعة ، وهذا القائل يتمسك بورود/ لفظ الإمساك في القرآن [دالاً]^(١) على إرادة ١١٣ ي الرجعة .

ومن أصحابنا من قال : ليس لفظ الإمساك صريحاً في الرجعة .

ثم اختلف المفرعون على هذا الوجه ، فذهب الشيخ والقاضي إلى أن قوله : أمسكتك وإن لم يكن صريحاً في الرجعة ، فهو كناية فيها ، فإذا نوى الرجعة ، صحت باللفظ والنية .

وذكر العراقيون وجهاً آخر أن الإمساك لا يصلح للرجعة ، وإن اقترنت النية بها^(٢) ؛ لأن الإمساك معناه الاستدامة والاستصحاب ، والرجعة ابتداء استحلال ، فلا تحصل بما ليس فيه معنى الابتداء .

فتحصّل من مجموع ما ذكره الأصحاب ثلاثة أوجه في لفظ الإمساك : أحدها - أنه صريح في الرجعة .

والثاني - أنه كناية مفتقرة إلى النية .

والثالث - أنه غير صالح للرجعة مع النية أيضاً .

٩٣٤١- ومما اختلف الأصحاب فيه الرجعة بلفظ النكاح والتزويج ، فمن أصحابنا من قال : تحصل الرجعة به ؛ فإن اللفظ إذا كان صالحاً لابتداء العقد ، وإثبات الاستحقاق ؛ فلأن يصلح لتدارك ما وقع من الخرم أولى .

ومن أصحابنا من قال : لا تحصل الرجعة بلفظ التزويج والنكاح ؛ فإن النكاح للابتداء وليس فيه إشعار بالتدارك .

وهذا الخلاف قرّبه الأصحاب من الخلاف إذا قال المُكْرِي : بعتك منافع هذه الدار سنةً ، ففي انعقاد الإجارة بلفظ البيع وجهان ، ووجه التقريب أن البيع موضوع لتمليك الرقبة ، والإجارة موضوعٌ لاستحقاق المنفعة ، فتباعد المقتضيان .

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) بها : على معنى الكلمة أو اللفظة .

ثم إن حكمنا بأن الرجعة تصح بلفظ النكاح ، فقد ذهب القاضي إلى أنه كناية في الرجعة ولا بد من النية . وقال قائلون : لا حاجة إلى النية ، وهو من باب تحصيل الأضعف بالأقوى .

وللأصحاب تردّد في هذه المسألة من وجه آخر : فمنهم من قال : لا يصلح لفظ النكاح للرجعة وإن نوى به الرجعة ، ومنهم من قال : تحصل الرجعة مع النية ، والخلاف في أن مُطلقه هل يفيد الرجعة ؟

فينتظم من مجموع ما ذكرناه أوجه : أحدها - أن لفظ النكاح والتزويج يُحصّل الرجعة من غير نية .

والثاني - أنه لا يحصلها مع النية .

والثالث - أنه كناية لا يعمل بنفسه ، فإن اقترن بالنية ، نفذ .

وراء ما ذكرناه سرٌّ لا بد من التنبه له ، وهو أنا سنذكر تردداً في أن الإشهاد هل يشترط على الرجعة ، فإن [قلنا : ^(١)] لا يشترط الإشهاد ، فلا يمتنع حصول الرجعة بالكناية ، وإن قلنا : الإشهاد يشترط في صحة الرجعة ، فعقد الرجعة بالكناية بعيد ؛ فإن الشهود لا يطلعون على النيات .

وقد يخطر للمتنبهي إلى هذا الموضع أن الزوج إذا تلفظ بكناية في الطلاق ، ثم رددنا اليمين على المرأة ، فإننا نسمع منها اليمين على أن الزوج نوى الطلاق ، ومعتمدها في ذلك التعلّق بمخايل الزوج ، فإذا جاز هذا في اليمين ، فلتجز الشهادة .

ش ١١٣ قلنا : لا يجوز تحمّل الشهادة بما يجوز الإقدام على اليمين/ به ؛ فإننا قد نجوز للرجل أن يحلف معتمداً [على] ^(٢) خط أبيه إذا كان موثقاً به عنده ، وسنصف مجال الأيمان والبصائر المرعية في تحمل الشهادات في كتاب الدعاوى والبيّنات ، إن شاء الله عز وجل .

(١) زيادة اقتضاها السياق .

(٢) زيادة من المحقق ، وهي عند ابن أبي عصرون .

وقد يجوز أن يقال : يشهد الشاهد على اللفظ ، [ويبقى^(١)] التنازع في النية ، وهذا بمثابة قولنا : المقصود من الشهود إثبات النكاح عند فرض الجحود ، ثم لا يشترط الشهادة على رضا المرأة ، وهو عماد النكاح ؛ فإن الرجل لو جحد ، لم يبق النكاح مع جحوده ، فإذا جحدت [المرأة]^(٢) ، فالشهادة على عقد النكاح لا تغني شيئاً .

والوجه ما قدمناه من تنزيل الأمر في الصريح والكناية على الإشهاد .

٩٣٤٢- ومن أسرار هذا الفصل أن العراقيين صاروا إلى أن ألفاظ الرجعة محصورة شرعاً في (الرجعة) (والارتجاع) (والمراجعة) (والرد) . وفي (الإمساك) (والنكاح) (الخلاف المقدم) .

وقول الشيخ أبي علي دالٌّ على أن ألفاظ الرجعة لا تنحصر تعبدًا ، بخلاف النكاح ، حتى [لو]^(٣) قال الزوج : رفعتُ الحرمة بيننا ، أو ما جرى هذا المجرى ، كان صريحاً ، وسبب الاختلاف في الإمساك ما فيه من التردد ، وسبب الخلاف في النكاح مشابهته البيع بالإضافة إلى الإجارة .

والعراقيون قالوا : سبب الخلاف في الإمساك تردّد المفسرين في قوله تعالى : ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ ﴾ [البقرة : ٢٣١] على ما قدمناه في صدر الكتاب ، وسبب الخلاف في لفظ النكاح إقامة الأقوى مقام الأدنى .

وهذا المسلك قد يجري في مجال الحصر والتقيد . والمسألة محتملة ؛ فإن الرجعة نازلة منزلة جَلْبٍ في البضع بلفظ ، فكان قريبَ الشبه بالنكاح في هذا المعنى ، وإذا اختلف الأصحاب في انحصار صرائح الطلاق ، وأنها مبنية على التعبد ، وهي على التحقيق إزالة ، فهذا في لفظ الرجعة أمكن وأوجه .

٩٣٤٣- ومما ذكره الشيخ أبو علي أن الرجل إذا قال للرجعية : راجعتك للمحبة أو

(١) في الأصل : وينفي .

(٢) في الأصل : كلمة غير مقروءة .

(٣) زيادة لا يستقيم الكلام بدونها .

للإهانة ، أو بالمحبة ، أو بالإهانة ، فإن قال : قصدت بذلك الرجعة الحقيقية ، وعللتها بالمحبة أو بالإهانة ، فيقبلُ منه ، وثبت الرجعة .

وإن قال : أردت بذلك أنني راجعتك في المحبة ، ولكن لم أزدك إلى استمرار النكاح ، فلا تصح الرجعة .

وإن أطلق لفظه في ذلك ، ولم ينو شيئاً ، فقد قال الشيخ : مُطْلَقُهُ يقتضي الرجعة ، وهذا ما رأيته للمشايخ ، وفيه احتمال على بُعد ، وإجراؤه على ما ذكر الشيخ هو المتجه ، وهو من الأقطاب والأصول ؛ فإن قول القائل : « راجعتك » لو فرض الاقتصار عليه ، فهو صريح ، وفي الصلة الآتية بعده تردد ، فيؤثرُ هذا في قبول النية منه في وجهي التردد . وإذا فرض الإطلاق ، بطلت الصلة ، وبقيت اللفظة لو^(١) قُدرت مفردة ، فينتظم منه قبول التبيين ، والمصير عند الإطلاق إلى إعمال اللفظ وإلغاء الصلة ، ووجه/ تطرّق الاحتمال أن قائلاً لو قال : كون اللفظ صريحاً بجرده ، وهذا ضعيف ؛ فإن المراجعة إذا كانت ملتحقة بالصرائح ، فقول الرجل : لم أنو شيئاً يرجع إلى نفي القصد عن الصلة ، فينزل هذا منزلة ما لو نطق العربي بصريح الطلاق ووصله بأعجمية لا يفهمها .

٩٣٤٤- ثم ذكر الشافعي أن الوطء لا يكون رجعة ، وقد ذكرت مسلك هذه المسألة في (الأساليب) وأوضح أن حقها أن تبنى على تحريم الوطء ، فليتأمله طالبه في موضعه .

ثم إذا لم يكن الوطء رجعةً ، فهل يتعلّق به وجوب مهر المثل ؟ نصّ الشافعي دال على وجوب مهر المثل ، وقد قال في غير موضع من كتبه : يجب على الزوج المهر : راجعها أو لم يراجعها ؛ فلم يختلف أئمة المذهب في أنه لو لم يراجعها ويتركها حتى انسرح بانقضاء العدة ، فيلزمه مهر المثل . ولو راجعها ، فظاهر النص أنه يلزمه مهر المثل ، وخرّج الأصحاب فيه قولاً أنه لا يجب ، وهذا مشكل في التعليل جداً .

وأصدق آية على أن الطلاق يتضمن زوال الملك هذا الذي ذكرناه ؛ فإنها لو كانت

على حقيقة الزوجية ، لاستحالة أن يلتزم الزوج بوطنها مهرأ وقد غرم مهر النكاح ، فلما نص الشافعي على وجوب المهر ، أشعر هذا بكونها غير مُستَحَقَّة بالنكاح .

والتحقيق فيه أنا إذا قلنا : زال الملك بالطلاق ، فقد ملكت المرأة نفسها ، ولكن للزوج عليها سلطان الرد ، فإذا لم نجعل الوطء رداً ، فقد [وقع] ^(١) الوطء ، وهي غير مملوكة للزوج . نعم ، لو كنا نجعل الوطء رجعة ، لكان الوطء من الزوج بمثابة وطء البائع الجارية المبيعة في زمان الخيار ، فالوطء فيه فسخ ، فلا جرم لا يلتزم المهر بما هو فاسخ به ، فإذا لم نجعل الزوج مرتجعاً ، جعلنا وطأه إياها بمثابة ما لو وطئت بشبهة ، فيكون المهر لها لا محالة .

وقد يلتفت الفطن فيما ذكرناه على تفريعنا على قولنا : إن الملك في زمان الخيار للمشتري ، فلو وطئت الجارية ثم لم يتفق فسخ العقد ، فالمهر للمشتري ، هذا مسلك الكلام . ولكن تفريعه على أن الرجعية ليست بزوجة ، ولا خروج له إلا على ذلك .

ولو تكلف متكلف ، فقال : منافع بضع المرأة على حكمها ^(٢) ، والدليل عليه أن الزوجة لو وطئت بشبهة في صلب النكاح ، فالمهر لها ، فإذا انعزلت عن زوجها في الاعتداد ، ثم وطئها الزوج - وحكم الانعزال مستمر عليها - فقد أتلَّف منفعة هي بحكمها .

وهذا تلييس ؛ فإن الزوج لو كان مستحق المنفعة ، لكان بالوطء مستوفياً منفعة هو مستحقها .

٩٣٤٥- ثم ذكر أصحابنا تصرفاً على النص فقالوا : قال الشافعي في الرجعية : إذا وطئها الزوج يلزمه المهر ، راجعها ، أو لم يراجعها . وقال : إذا ارتدت المرأة ، فوطئها الزوج وكانت مدخولاً بها ، فعادت إلى الإسلام قبل انقضاء العدة ، لم يلتزم مهرها ، ولو أصرت على الردة حتى انقضت العدة ، التزم / مهرها ؛ فقال الأئمة : أما ^{١١٤} ش

(١) مكان كلمة غير مقروءة . وعبر عن هذا المعنى ابن أبي عصرون بقوله : « فإذا لم نجعل الوطء رداً ، فقد وطئ غير مملوكة له . »

(٢) على حكمها : أي على حكم ملكها ، فمع أن المرأة في زوجية صحيحة قائمة ، فإن منافع البضع ملك لها . هذا هو التكلف المشار إليه . (هذا تفسير ابن أبي عصرون للعبارة) .

إذا أصرت على الردة حتى انقضت العدة ، فلا شك في لزوم المهر ؛ فإن الوطاء صادف البيونة .

وهذا لا يدرج في خيال الخلاف وإمكانه .

فأما إذا عادت إلى الإسلام ، فمن أصحابنا من قال : ننقل جواب الرجعية إلى المرتدة ، وجواب المرتدة إلى الرجعية ، ونقول : في المسألتين قولان نقلاً وتخريجاً . وهذا كلام مختلط لا ثبات له : أما المرتدة إذا عادت إلى الإسلام قبل انقضاء العدة ، فقد تبينا بالأخرة أن الزوج وطئها ، ولا انخرام في النكاح ؛ فإن الأمر كان على التوقف ، فإذا بان من الموقوف أحد طرفيه ، التحق الحكم فيه بما لو كان مستحقاً في ابتداء الأمر ، فلا وجه لذكر الخلاف هاهنا .

وأما وجوب المهر في الرجعية ، فلا وجه إلا ما ذكرناه من اعتقاد زوال الملك على التدرج المقدم .

٩٣٤٦- ثم يحيك في الصدر التوريث من الجانبين ، وأقصى الإمكان فيه أن يقال : لا يختص التوريث بحقيقة الزوجية ، وكيف يختص بهذا والموت يُنهي النكاح ، [فوق] ^(١) الاكتفاء بعلقة فيها سلطنة الزوج ، سواء كانت صلب النكاح أو تابعة ^(٢) تستدعي قهر الزوج ، فإذا ماتت تحت قهره ، أو مات عنها وهي مقهورة ، فالتوريث ثابت . هذا أقصى الإمكان .

وليت شعري ماذا نقول إذا قال الرجل : زوجاتي طوالق ؟ فالرجعيات هل يندرجن تحت مطلق هذا اللفظ ؟ كان شيخي يقطع بأنهن يدخلن ، والوجه عندي تخريج هذا على تردد الأصحاب في أن الرجعية زوجة أم لا ؟ وهذا أهون مُحتملاً من الأحكام المتناقضة التي ذكرناها .

وقد اختلف القول في أن من قال : عبيدي أحرار ، فهل يدخل المكاتبون تحت هذا اللفظ ، أم لا ؟ وقد يعترض للفقهاء أن الكتابة تُوقع حيلولة لازمة بين المولى وبين

(١) في الأصل : فموقع .

(٢) المعنى أنه يكتفى في التوريث بعلقة فيها سلطنة الزوج ، سواء كانت هذه السلطنة هي صلب النكاح ، أو كانت من توابعه كحق الرجعة .

العبد ، بخلاف الطلاق الرجعي ؛ فإن الأمر في الطلاق وتدارك حرمة إلى الزوج ، والمسألة على الجملة محتملة .

٩٣٤٧- ومما يتصل بالقول في تحريم الرجعية أن الزوج إذا اشترى زوجته الأمة ، نُظر : فإن اشترى في صلب النكاح ، فقد اختلف أصحابنا في أنها هل تحل له من غير استبراء ، فقال قائلون : لا بد من الاستبراء ؛ لأنه استحدث ملكاً عليها ، ومن القواعد الممهدة أن من ملك جارية لم يحل له وطؤها حتى يستبرئها .

ومن أصحابنا من قال : له أن يستحلها من غير استبراء ، بخلاف ما إذا اشترى جارية ليست منكوحته ؛ فإن من ملك جارية ، فإنها [إذا]^(١) لم تكن مستحلاً له من قبل ، فإذا كان الملك المتجدد مترتباً على حظر سابق ، فلا يمتنع إيجاب الاستبراء ، وإذا اشترى منكوحته ، فإنما نقلها من سبب حل إلى سبب حل ، فلا معنى لتخلل الاستبراء بينهما .

ولو طلق زوجته الأمة طلاقاً رجعياً ، ثم اشترى في العدة ، فقد قال الأصحاب : لا يحل له/ وطؤها حتى تنقضي بقية العدة بعد الشراء ، أو ينقضي الاستبراء ، كما ١١٥ ي سنوضحه في التفريع ، والسبب فيه أنه نقلها من حرمة إلى الملك ، وليس كما إذا اشترى زوجته ؛ فإنه نقلها من حل إلى حل .

فإن قيل : أليس لو ارتجعها ، استحل وطأها وكانت محرمة عليه ؟ فاجعلوا طريان ملك اليمين بمثابة طريان الرجعة ؟ قلنا : ملك اليمين يضاد النكاح ، ويتضمن قطعه وفسخه ، والرجعة تردّها إلى ما كانت عليه من قبل ، فإذا اختلف ملك اليمين والنكاح ، لم يكن أحدهما مستدركاً لما وقع في الثاني من خلل .

فيجب إذاً أن نقول : من اشترى جارية وكانت محرمة عليه من قبل ، فلا يحل له ابتدار وطئها والتسارع إلى غشيانها من غير جريان ما هو استبراء .

٩٣٤٨- ثم إن كان بقي من العدة مقدار قليل والاستبراء يزيد عليه ، أو كان الباقي أكثر من الاستبراء ، فقد قال معظم الأصحاب : يُكتفى بأقل الأمرين ، وقال آخرون :

(١) زيادة من المحقق .

لا بد من الاستبراء الكامل ، وهذا قياس ؛ فإننا لو نظرنا إلى ما سبق ، لقلنا : إنها تحل ؛ فإن عدتها تؤثر في تحريمها على الغير ، وليست المعتدة عن الرجل محرمة عليه للعدة ، ولكن التحليل يستدعي شيئاً من رجعة أو نكاح مجدد ، وقد جرى سبب التحليل وهو الملك ، فلو كنا ببقية العدة وبقية العدة ليست استبراء ، لكانت العدة مؤثرة في تحليلها له .

وهذا غير سديد .

فانتظم ما ذكرناه أن بقية العدة إن كانت لا تزيد على الاستبراء ، أو كانت تزيد ، فالاستبراء كافٍ . وإن كانت بقية العدة أقل من الاستبراء ، ففي المسألة وجهان .

وفي الكلام نوع من الاختلاط ؛ فإن الاستبراء بالحيض ، والعدة بالأطهار ، فكيف يترتب استواء البقية ومدة الاستبراء ، فلا وجه إذا لتصوير الاستواء ، فإجراؤه في الكلام مجاز ، والحیضة الكاملة لا تقع في العدة إلا وبعدها طهر يتبين انقضاؤه بالطعن في الحيضة الأخرى ، فإذا كان كذلك ، فيقع الاكتفاء بالحيضة ، وإن بقي من العدة بقية طهر ، فمن أصحابنا من يكتفي بها ، ومنهم من يشترط حيضاً .

وإن فرعنا على وجه بعيد في أن الاستبراء بالطهر كالعدة ، فينتظم على هذا الوجه البعيد تصوير الاستواء ، ولكن إذا كان بقي من الطهر بقية ، فهذه البقية استبراء كامل على هذا الوجه البعيد .

وما يتعلق بالاستبراء من هذا الفصل ، فسيأتي استقصاء القول فيه في كتاب الاستبراء .

٩٣٤٩- ولو طلق زوجته ثلاثاً وكانت مملوكة ، فلو اشتراها ، فالمذهب أنه لا يستحل وطأها ما لم تنكح زوجاً على شرط التحليل ؛ فإن الطلاقات الثلاث تثبت حرمة ممدودة إلى وطء المحلل ، والتخلي منه .

ومن أصحابنا من قال : يحل له وطء المطلقة ثلاثاً بملك اليمين ، وهذا غريب ، ووجهه على بعده أن الطلاقات الثلاث خاصيتها تحريم عقد النكاح ، وهو لم ينكحها ، وإنما ملكها ، فلو عَقَّتْ ، فأراد أن ينكحها ، لم ينكحها حتى تنكح زوجاً غيره .

ولا/ ينبغي أن يُخطر الفقيه بباله أنا إذا فرعنا على هذا الوجه الضعيف ، فكأننا ١١٥ ش
أسقطنا حكم الطلقات بالملك ، فإذا زال الملك ، كان له أن ينكحها ؛ فإن هذا مصير
إلى إقامة الملك مقام التحليل ، وهذا لا يجوز ، فالوجه ما قدمناه .

فَضْلُكَ

قال : « ولو أشهد على رجعته . . . إلى آخره »^(١) .

٩٣٥٠- الإشهاد على الرجعة مأمور به ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ [الطلاق : ٢] والمنصوص عليه في الجديد ، أنه لا يجب الإشهاد ، ولكن يستحب ، وسبب استحبابه مقابلة ما يتوقع من الجحود بشهادة الشهود ، وقد ندب الله تعالى إلى الإشهاد على المديانات ، ونصّ الشافعي في القديم على وجوب الإشهاد ، وبه قال مالك^(٢) .

توجيه القولين : من لم يوجب الإشهاد احتج بأن الرجعة في حكم استدامة واستمرار على النكاح السابق ، ولذلك لم تفتقر إلى الرضا والولي ، ولا يتصور أن يثبت [بسببها]^(٣) مهر ، وإن سُمّي^(٤) ، فكان الإشهاد فيه مستحباً غير مستحق .

ومن نصر القول القديم ، احتج بظاهر قوله تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ ، ومالك رأى الإشهاد في الرجعة ركن الرجعة ، ولم يشترط الإشهاد في النكاح ، ولكن اشترط الإعلان بأي جهة تتفق ، والرجعة على الجملة مرددة في ظن الأصحاب بين النكاح وابتداء العقد ، وبين الاستدامة والاستصحاب ، ولما كان الظاهر أن الإشهاد

(١) ر . المختصر : ٨٩/٤ .

(٢) القول بالوجوب ليس هو المشهور في مذهب مالك ، قال ابن جزى في القوانين (ص ٢٣٤) : « الإشهاد مستحب في مشهور المذهب . وقيل : واجب ، خلافاً للشافعي » . وقال ابن عبد البر في الكافي : « واجب وجوب سنة » . وانظر : الإشراف للقاضي عبد الوهاب : ٧٥٨/٢ مسألة ١٣٨٦ ، وعيون المجالس : ٣/ ١٢٥١ مسألة ٨٧٥ .

(٣) في الأصل : بسببه .

(٤) وإن سمي : يعني وإن سمي الزوج مهرأ لمراجعتها ، فلا يثبت في ذمته ، ولا يجب عليه .

لا يُشترط ، خرّج القاضي عليه ما ذكره الأصحاب من أن المحرم يرتجع زوجته المطلقة وإن كان لا ينكح ابتداء .

وذهب شاذمة من الأصحاب إلى أن المُخْرِم لا يصح منه الرجعة .

قال القاضي : هذا الخلاف خارج على أن الإشهاد هل يشترط ؟ فإن جعلنا الإشهاد شرطاً ، فقد أحلّلنا الرجعة محلّ النكاح ، فلا يمتنع أن لا تصح من المحرم ، كما لا يصح منه ابتداء النكاح ، وإن لم نشترط الإشهاد على الرجعة ، فقد أحلّلناها محلّ الاستدامة . والإحرام لا ينافي استدامة النكاح .

٩٣٥١- ومما ذكره [تخريجاً]^(١) على ذلك أن العبد إذا طلق ، فله المراجعة دون إذن السيد ، قال القاضي : هذا إذا لم نشترط الإشهاد ، فإن شرطنا الإشهاد على الرجعة ، ونزلناها منزلة ابتداء النكاح ، فلا يمتنع أن لا تصح الرجعة من العبد إلا بإذن السيد .

وهذا الذي ذكره على نهاية البُعد ؛ فإننا لا نوجب الإشهاد لكون الرجعة بمثابة عقد النكاح ، ولا معتمداً في اشتراط الإشهاد إلا التعلّق بنص القرآن ، ومن طمع في توجيه هذا القول بمسلك من مسالك المعاني ، فقد أبعد ، ولو كان كما ظن ، لتردد الرأي في اشتراط إذنهما وفي اشتراط الولي ، فلما حصل الوفاق على أنهما لا يُشترطان ، تبين أن الرجعة ليست عقداً ، ووجوب الإشهاد في القول القديم مربوط بظاهر القرآن ، كما قدمنا الاستدلال به .

ي ١١٦ وأما ما ذكره في فصل العبد ، فمما لا أستجيز/ إلحاقه بالمذهب ، وهو قول مسبوق بإجماع للأصحاب على خلافه . ولو كان يخرج من قول وجوب الإشهاد قولاً في أن العبد يحتاج إلى مراجعة سيده في الرجعة ؛ من حيث شابها الرجعة النكاح في اشتراط الإشهاد ، لكان أقربُ تفريع على هذا أن يقال : لا تصح الرجعة ما لم ترض المرأة ؛ فإن مدار النكاح على رضاها ، فإذا لم يُشترط إذن المرأة ، كان اشتراط إذن السيد بعيداً ، بل الوجه القطع ببطلان ذلك .

٩٣٥٢- ومما نذكره على الاتصال بهذا أن الرجعة لا تقبل التعليق بالأعذار والأخطار ، ولا بالصفات التي ستأتي لا محالة ، بل لا صحة لها إلا من جهة التنجيز كالنكاح ، والبيع ، وغيرهما من العقود ، فلو قال لامرأته : مهما^(١) طلقتك ، فقد راجعتك ، فإذا طلقها ، لم تثبت الرجعة ، لما بيناه من امتناع تعليق الرجعة ، ولو علق الطلاق بالرجعة ، فقال لامرأته الجارية في عدة الرجعة : مهما راجعتك ، فأنت طالق ، فإذا راجعها ، طلقت .

وقد ذهب شاذلية من أصحابنا إلى أن تعليق الطلاق بالرجعة لاغ ؛ فإن المقصود من الرجعة الإحلال ، فلا يجوز تعليق نقيضه به ، وهذا غير معتد [به]^(٢) ولولا أن القاضي حكاه ، لما حكيته .

٩٣٥٣- ثم ذكر الأصحاب نوعاً من الاختلاف متصلاً بفصل الإشهاد ، وهو قريب المدرك ، فنذكره على ما ذكره الأصحاب ، ثم نعقد فصلاً يجمع بيان أحكام اختلاف الزوجين في الرجعة ، وانقضاء العدة ، فنقول :

إذا راجع امرأته وأشهد على ذلك ، ثم إنها نكحت زوجاً ، ولم تشعر بالرجعة ، أو علمتها ، ولم تبال بها ، فنقول : إذا ادعى الزوج تقدم الرجعة على النكاح ، فإن أقام بينة تبين لنا أن النكاح مردود ، والشافعي يطلق في مثل هذا المقام الفسخ ، فيقول : « النكاح مفسوخ » ومراده بالمفسوخ المردود ، كما ذكرناه . هذا إذا أقام الرجل بينة على الرجعة .

فإن لم يكن له بينة - وقد نكحت المرأة زوجاً - فإذا ادعى المطلق الأول الرجعة ، نُظر : فإن أقرت المرأة بالرجعة ، لم يُقبل إقرارها ؛ لأنها تُبطل به حق الغير ، وهو حق الزوج الثاني ، وإن أنكرت ، فهل تحلف ؟ هذا مما تمهد في كتاب النكاح ، والقدر [المغني]^(٣) في نظم الكلام أنها لو أقرت بعد ما نكحت ، فإقرارها مردود ، ولكنها

(١) « مهما » بمعنى : (إذا) وكذا في الجملة التالية .

(٢) زيادة لاستقامة العبارة .

(٣) في الأصل : المعني .

هل تغرم للمطلق الذي ادعى الرجعة المهر ، فعلى قولين ، تمهّد أصلهما ، ووضح فرعهما في كتاب النكاح ، فقال الأئمة : عرض اليمين عليها إذا أنكرت يخرج على القولين في أنها لو أقرت هل تغرم للمقر له [المهر]^(١) فإن قلنا : إنها تغرم ، فاليمين معروضة عليها فعساها تُقرّ أو تنكّل عن اليمين إذا عُرِضت عليها ، فيحلف المدعي يمين الرد ، ويغرمها .

وإن قلنا : إنها لا تغرم ، فلا فائدة في عرض اليمين .

ثم إن عرضنا اليمين ، فجحدت ونكلت ، وحلف الرجل يمين الرد ، فالمذهب أن النكاح لا يُردُّ في حق الثاني .

ش ١١٦ وأبعد بعض أصحابنا ، فقال : إذا حكمنا بأن يمين الرد بمثابة البينة المقامة ، فالنكاح يبطل ، وترتد هذه إلى النكاح الأول .

وقد ذكرت هذا الوجه وزيفته في النكاح ، وبنيت عليه أنا إذا كنا نرى ردّ النكاح ، فلا يتوقف عرض اليمين على مصيرنا إلى أنها تغرم لو أقرت ، بل نعرض اليمين ونحن نتوقع ارتداد النكاح الجديد ، وهذا بعيد لا تعويل عليه . ولا أثر عندنا لدخول الزوج الثاني بها خلافاً لمالك^(٢) . وهذا مما قدمته أيضاً في كتاب النكاح .

٩٣٥٤- ولو أراد من يدعي الرجعة أن يوجه الدعوى على الزوج ، فالمذهب أنه لا يجد إلى ذلك سبيلاً ؛ لأنه لا يد للزوج [إلا]^(٣) على زوجته ، فليدّع على الزوجة لا غير .

وذكر العراقيون وجهاً أنه لو أراد أن يدعي على الزوج ، جاز لاستيلائه حكماً عليها ، وهذا له غورٌ وغائلةٌ ، وسنستقصي أسرارَه في كتاب الدعاوى ، فليس هذا من خواصّ كتاب الرجعة .

٩٣٥٥- ومما يتعلق بهذا الفصل أن العدة إذا انقضت في ظاهر الحال ، وادّعى

(١) زيادة من المحقق .

(٢) ر . الإشراف : ٧٥٩/٢ مسألة : ١٣٨٧ .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

الزوج أنه كان راجعها من قبل ، فأنكرت المرأة الرجعة - واقتضى ترتيب المذهب تصديقها مع يمينها ، كما سنفصل صور اختلاف الزوجين على أثر هذا ، إن شاء الله تعالى - فلو أنها بعد ما أنكرت الرجعة وصدقناها ، عادت فأقرت بجريان الرجعة - وما كانت نكحت ؛ حتى يؤدي إقرارها إلى إبطال حق الزوج الثاني - فقد قال العلماء : إقرارها مقبول ، وإن سبق منها إنكار ، وهذا قد يعترض فيه إشكال ؛ من جهة أن قولها الأول ، اقتضى تحريمها على ذلك المطلق ، وإذا سبق منها قول يدل على تحريمها ، فقبول نقيض ذلك القول مشكك .

وقد قال الأصحاب : إذا قالت المرأة : أنا أخت فلان من الرضاع أو النسب ، ثم أنكرت ذلك ، وكذبت نفسها فيما سبق منها ، فلا يُقبل قولها الثاني ، وقد سبق منها الاعتراف بما يوجب الحرمة ، وهذا من مواقف الاستفراق^(١) ؛ فقال الأصحاب : حرمة الرضاع مؤبدة مؤكدة ، بخلاف حرمة البيونة بانقضاء العدة .

وهذا لا يشفي مع ثبوت الحرمة في الموضعين ، والاستفراق في أصل الحرمتين .

وقال قائلون : الفرق أن الرضاع يتعلق [بها]^(٢) وهي أحد الركنتين فيه ؛ فإقرارها به يكون على ثبوت وتحقق ، فلا يقبل الرجوع ، والرجعة تثبت وهي لا تشعر ، فلا يمتنع أن تنكرها ، ثم تذكرها^(٣) وتعترف بها .

وهذا غير شافٍ أيضاً ؛ فإن الرضاع يجري في الحولين ، والمرضع لا يشعر به في الغالب ، وإن شعر به في الحال نسيه ، وذَهَل^(٤) عنه في المآل ، فلا خير في هذا الفرق .

فالوجه إذاً أن نقول : اعترافها بأخوة الرضاع والنسب مستند إلى ثبوت ، فلم يقبل الرجوع فيه قياساً على الأقاير كلها ، وجحدُها الرجعة - وإن صدقت - يستند إلى نفي ذلك ، ولذلك لا تحلف على البت ، بل تحلف على نفي العلم ، ولا امتناع في أن تقول : لا أعلم ، ثم تعلم .

(١) أي طلب الفرقة بإثبات الحرمة .

(٢) ساقطة من الأصل .

(٣) تذكر ، بحذف تاء المضارعة .

(٤) ذهل : بفتح العين وكسرهما . (المعجم) .

ولو ادعت المرأة على الزوج أنه طلقها ، فأنكر ، ونكل عن اليمين ، وحلفت
ي ١١٧ المرأة / ، ثم كذبت نفسها ، فلا معول على تكذيبها بعد ما ادعت الطلاق ، وإن كان
كذبها ممكناً ، ولا يمتنع صدقها في القول الثاني^(١) ، ولكن إذا استند قولها إلى
إثبات ، لم يقبل رجوعها .

ولو نكحت المرأة ، فقالت : لم أرض - وكانت على صفة يفتقر النكاح إلى رضاها
- فإننا نصدقها مع يمينها ، فلو قالت : تذكرت أنني رضيت ، فهذا محتمل عندي ، وإن
كان نفيًا ؛ فإنه نفي يتعلق باليمين الباتة به ، فيتجه ألا نصدقها ، ويظهر أيضاً أن
نصدقها .

٩٣٥٦- ويترتب مما ذكرناه ثلاث مراتب : إحداها - أن يتعلق الاعتراف بإثبات ،
فلا يقبل الرجوع عنه ، إذا كان يتعلق بحق الغير ، كحق الله في الطلاق .

وما يتعلق بنفي فعل الغير ، فالرجوع عنه لا يمتنع قبوله إلا في حكم واحد ، وهو
أن يتضمن قوله الأول سقوط حقه : مثل أن يقول : « ما أتلّف فلانٌ مالي » فإذا عاد
وادعى الإلتلاف على مناقضة ذلك القول ، لم يقبل منه ؛ فإنه بنفي الفعل اعترف بانتفاء
استحقاقه .

وإذا تعلق الاعتراف ، أو القول الذي ليس اعترافاً بنفي يتعلق بالنافي ، كقول
المرأة : لم أرض مع قولها من بعد : قد تذكرت أنني كنت رضيت ، فهذا فيه احتمال .
ولست أخوض في فصل يتعلق بالتنازع إلا وأنا أستشعر منه وجلاً [العلمي]^(٢) بأنه
لا يمكن الانتهاء إلى استقصاء أطرافه ، وهو محال على الدعاوى والبيّنات ، وسنأتي
فيها بالعجائب والآيات - إن شاء الله - وعندها تنكشف أسرار الخصومات .

(١) في القول الثاني : أي في المسألة قولان ، الثاني منهما : « لا يمتنع صدقها » وليس المعنى :
لا يمتنع صدقها في عبارتها الثانية ، وهذا واضح تماماً في عبارة ابن أبي عصرون .
(٢) في الأصل : لعل .

فَصْلُكَ

قال : « ولو قال : راجعتك قبل انقضاء العدة . . . إلى آخره »^(١) .

٩٣٥٧- من أهم ما يجب الاعتناء به ، وقد كثر تردّده في الكتب وتردّد الاستشهاد به ، والطرق مضطربة فيه غاية الاضطراب - القول في اختلاف الزوج والمرأة في الرجعة وانقضاء العدة ، ورأينا في أمثال هذه الفصول ، أن تأتي بجميع المنقول ، على ما فيه من الاختلاف ، ثم ننعطف عليه بالتنقيح والتصحيح ، وهذا الفصل لا يحتمل هذا المسلك ؛ فإن القول فيه يتكرر وينتشر ، فالوجه أن تأتي بمضمون الفصل منقحاً [على]^(٢) ما ينبغي ، ونجمع اختلاف الطرق ، بعد تقرير البحث في النفس ، وتعريه الكتاب عن طرق المطالب ، فنقول :

٩٣٥٨- الكلام في هذا المقصود يتعلق بثلاثة فصول : أحدها - فيه إذا جرت الرجعة ، وذكرت المرأة انقضاء العدة ، وحصل الوفاق على الأمرين ، ورجع النزاع إلى التقديم والتأخير ، هذا فصل ، فنشتغل بما فيه ، ثم نذكر بعده الفصلين ، فنقول :

إذا توافق الزوجان على انقضاء العدة ، وجريان لفظ الرجعة ، وتنازعا في التقدم والتأخر ، فالقول في ذلك يتعلق بمسائل : إحداها - أن يتفقا على وقت انقضاء العدة ويختلفا في وقت الرجعة : نحو أن يتفقا على أن العدة انقضت يوم الجمعة غير أن الزوج زعم أنه ارتجع يوم الخميس المتقدّم على الجمعة ، وزعمت المرأة/ أن الرجعة ١١٧ ش جرت يوم السبت .

قال المراوزة الآخذون عن القفال : شيخي ، والقاضي ، والشيخ أبو علي ، ومن صنف في طريقته : القول قول المرأة ؛ واعتلوا بأن انقضاء العدة متفق عليه ، محكوم به ، والزوج يدّعي رجعة قبل الوقت المتفق عليه ، والمرأة تنكر ذلك ، والأصل عدم

(١) ر . المختصر : ٩٠/٤ .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

الرجعة ، والمرأة مؤتمنة في انقضاء العدة ، وقد أجرى الزوج الرجعة في وقت مضى زمن العدة قبله ، والعدة أوان الرجعة ، ومضطرب^(١) سلطان الزوج ، فيتزول هذا منزلة ما لو وكل رجل رجلاً ببيع مال ، ثم إنه عزله على رؤوس الأشهاد ، فادعى الوكيل أنني كنت بعت المتاع قبل العزل ، فلا يقبل قول الوكيل ، كما لا يقبل قول الولي بعد زوال الولاية في تصرف يُقرّ به مستنداً إلى حالة الولاية ، كما لا يُقبل قول القاضي بعد الانعزال ، بأنني كنت حكمت لفلان بكذا ، فكذلك إذا ادعى الزوج الرجعة ، فالسبيل فيه ما ذكرناه .

٩٣٥٩- وذكر صاحب التقريب والعراقيون في هذه الصورة وجهاً آخر مضاداً لما ذكرناه عن المراوزة ، وذلك أنهم قالوا : إذا كان الوقت الزماني في العدة متفقاً عليه ، فالقول قول الزوج في ادعاء الرجعة قبل ذلك .

وجه هذا : أن المرأة ، إنما تُصدّق في إخبارها عن طهر وحيض ، وقد صدّقت ، فانتهى قولها ، وبقي وراء ذلك ادعاء الزوج رجعة يوم الخميس المتقدم على الجمعة المتفق عليها ، الزوج يدعيها ، ولو صدّق فيها ، لما انقضت العدة ، بل كانت تنقلب إلى صلب النكاح ، وصدّق الزوج ممكن فيها ، والزوج أعرف بالرجعة منها ؛ إذ لا يشترط في الرجعة مخاطبتها ، أو إعلامها ، فنفيتها رجعة بعيدة عن القبول .

وهذا يعتضد بمسألة اتفق الأصحاب عليها ، وهي أن الزوج لو أقر بالعنة ، لمّا رفعت المرأة [الأمر]^(٢) إلى القاضي ، [واقضى]^(٣) ترتيب القضاء تأجيله سنة ، فإذا انقضت ، وادّعى الزوج أنه وطئها ، وأنكرت المرأة الوطء ، فالأصل عدم الوطء ، وقد اعتضد ذلك بإقرار الزوج بالعجز والعنة ، ثم جعلنا القول قول الزوج مع يمينه ؛ تشوفاً إلى استبقاء [الزواج]^(٤) ، [فليكن]^(٥) الأمر كذلك في الرجعة .

(١) أي مجال سلطان الزوج .

(٢) زيادة لاستقامة الكلام .

(٣) في الأصل : وانقضي .

(٤) في الأصل : الزوج .

(٥) في الأصل : ولكن .

[وهنا]^(١) مزيد ترجيح ، وهو أنها في الغالب تشعر بالوطء ، وقد لا تشعر بالرجعة .

فإن ألزم هذا القائل ادعاء الوكيل البيع بعد جريان العزل مع إسناده البيع إلى ما قبل العزل ، فسييل الجواب : أنا إنما نصدّق الوكيل في البيع ؛ من جهة أنه قادر على إنشاء البيع ، ومن الأصول الممهّدة أن من قدر على إنشاء شيء ، فخبّره عنه مقبول ، لهذا هو الذي يوجب تصديق الوكيل لا غير ، وإلا فلا يتحقق في الموكل بالبيع ما يتحقق في المودّع ، والدليل عليه أن المودّع لو ادعى ردّ الوديعة/ على غير المودّع بأمر المودّع ،^{١١٨} ي فقد لا يصدق ، وبيع الوكيل يتعلق بثالث ، فاستبان أنه ليس على قانون الودائع والأمانات ، فإذا انقطع سلطانه ظاهراً ، استحال قبول قوله ، وأما جانب الزوج ؛ فإنه يعتضد بما جعلناه عهداً الكلام من استبقاء النكاح والاستشهاد بالوطء .

وقد ينقدح لصاحب الوجه الآخر أن يقول : الطلاق قاطع للنكاح ، والزوج يدعي استدراكاً ، وفسخ المرأة بالعنة إنشاء قطع ، فيتجه ثم الاستبقاء ؛ فإن النكاح بعيد عن الفسخ ، وهاهنا انلم النكاح بالطلاق ، وإن كان الزوج على [سلطنته]^(٢) في التدارك ، فهذا سرّ التوجيه .

٩٣٦٠- وذكر صاحب التقريب في هذه الصورة وجهاً ثالثاً ، لا يكاد يفهم إلا بتقديم المعنى الذي يُنتجه ، فنقول : تصديق الزوج في الرجعة أصل على قياس الاستبقاء ، وتصديق المرأة في انقضاء العدة أصل ، فهما متقابلان ، فمن سبق إلى دعواه ، فالحكم له .

فإن قال الزوج أولاً : قد راجعتك يوم الخميس ، فقالت المرأة : انقضت عدتي يوم الجمعة ، وما راجعت يوم الخميس ، فالزوج هو المصدّق مع اليمين ؛ والسبب فيه أنه أنشأ دعوى الرجعة منتظماً مع تمادي العدة ، فإذا ذكرت الانقضاء بعد هذا القول ، قيل لها : وقع الحكم بالرجعة ، ورؤيتك الدم بعد هذا لا تكون انقضاء العدة ، وإنما هو

(١) في الأصل : وهذا .

(٢) في الأصل : على شك ظنه في التدارك . (وهذا من غرائب وعجائب التصحيف) .

رؤية الحيض في صلب النكاح ، [ولا بدّ]^(١) مع هذا من تحليف الزوج .

وإن سبقت المرأة وقالت : انقضت عدتي ، وكان ذلك ضحوة يوم الجمعة ، فقال الزوج - بعد قولها - : قد راجعتك أمس ، فالقول قول المرأة ؛ فإنها لما ذكرت طَعْنَهَا في الحيض الرابع ، فقد وقع الحكم بانقضاء العدة ، فإذا أنشأ الزوج بعد هذا قوله ، لم يُقبل منه .

وهذا الوجه ارتضاه صاحب التقريب ، واختاره العراقيون .

وفي الحالة الأخيرة سرٌّ ينبّه على الغرض : فإذا قلنا : المتبع قولها ، فاليمين لا تسقط ، فتحلف بالله لا تعلم أن الزوج راجعها أمس ؛ فإنها بيمينها تنفي فعل الغير ، والزواج إذا كان هو السابق المبتدر ، فيحلف بالله أنه راجعها ، فإنّ [يمينه]^(٢) تتضمن إثبات قوله .

٩٣٦١- فقد انتظمت ثلاثة أوجه في هذه الحالة : أحدها - تصديق الزوج كيف فرض الأمر .

والثاني - تصديق المرأة مطلقاً .

والثالث - النظر إلى من يبتدر ، قال العراقيون : من ابتدر منهما ، فالحكم لقوله بلا خلاف ، وإن أنشأ قوليهما معاً ، فحينئذ وجهان : أحدهما - أن القول قول المرأة ، وهو فيما حكّوه اختيار أبي العباس^(٣) وأبي إسحاق .

والوجه الثاني - ذكره صاحب التقريب وغيره - أن القول قول الزوج .

التوجيه : من قال : القول قول المرأة إذا أنشأ قوليهما معاً ، قال : المرأة مؤتمنة ، ش ١١٨ وليست منشئة/ أمراً ، وإنما هي مخبرة عما هي مصدقة فيه ، فلا اطلاع عليها إلا من جهتها ، والزواج يدعي إنشاء رجعة على اختيار منه ، فكان أبعد عن التصديق .

ومن قال : القول قول الزوج ، احتج بأن قال : المرأة لا تخبر عن انقضاء العدة ،

(١) في الأصل : فلا بد .

(٢) في الأصل : يمينه .

(٣) أبو العباس : المراد هنا ابن سريج ، كما سيصرّح به بعد قليل .

وإنما تخبر عن مَرِّ أطهارٍ وحِيضٍ ، والزوج يُخبر عما ملَّكه الله من الرجعة ، فكان قوله أولى بالقبول ، وهذا إذا ضُمَّنَاهُ إلى ما تقدّم ، انتظم من المجموع أوجهٌ ، ونحن نرى إعادةَ جميعها :

فمن أصحابنا من صدّق المرأة مطلقاً .

ومنهم من صدق الرجل مطلقاً .

ومنهم من قال : المصدّق منهما من يبتدر ، ثم من يدعي الابتدار يُفَرِّغُ ، ويقول : إن صدر القولان منهما معاً ، فوجهان .

هذا مجموع ما ذكره الأصحاب في صورة تقدّم الرجعة على يوم الجمعة وتأخرها عنها .

٩٣٦٢- فأما إذا وقع الوفاق على أن الرجعة وقعت يوم الجمعة ، وقالت المرأة : انقضت عدتي يوم الخميس ، وقال الزوج : بل انقضت يوم السبت ، فهذه الصّورة^(١) تجري فيها الوجوه المقدمة ، ولا نتبرم بإعادتها لمزيدٍ فيها .

قال المرازقة القول قول الزوج ؛ لأن الرجعة وقع الوفاق على جريانها ، والمرأة ادعت انقضاء العدة والأصل بقاؤها .

وقال صاحب التقريب والعراقيون : القول قول المرأة ؛ فإنها تقول : ما يقوله الزوج صورةً ولفظاً [اتفقنا]^(٢) عليه ، فانتهى قول الزوج نهايته ، وأنا ادعت انقضاء العدة قبل هذا الوقت ، فلزم تصديقي .

ومن أصحابنا من فصل بين أن تبتدر وتقول ، أو يسبق الزوج فيقول ، كما مضى ، ثم التفريع على وجه الابتدار يجري على النسق المقدم .

والذي نزيده في هذه الصورة أن قول الزوج : « قد راجعتك أمس » مع الوفاق على وقت انتهاء صور الأقراء ، ادعاء رجعةٍ فيما سبق ، بعد ظهور انقطاع سلطانه بالوفاق

(١) هذه هي المسألة الثانية من مسائل هذا الفصل .

(٢) في الأصل : اتفقا .

على وقت انقضاء مدة العدة ، فكان ذلك شبيهاً بدعوى الوكيل بعد العزل ، أما إذا وقع الوفاق على لفظ الرجعة ، ووقته ، فقول المرأة : « قد كانت عدتي منقضية قبل » ، ليس إنشاءً أمرٍ منها ولا إخباراً بإنشاء أمرٍ فيما سبق ، بل أخبرت عما رأت قبل ، وهي مؤتمنة فيما تخبر عنه ؛ إذ لا مطلع عليه إلا من جهتها ، وهذا المعنى الموجب لتصديقها يستوي فيه الصور كلها ، وهذا حسن بالغ ، ومقتضاه أن [نغلب] ^(١) في الصورة الأولى تصديقها كما مضى ، ونغلب في هذه الصورة تصديقها ، وهذا بعينه هو الوجه الذي حكاه العراقيون عن أبي العباس بن سريج ، وأبي إسحاق ، وما ذكرناه تنبيهاً على وجه التوجيه فيه .

وقد نجزت مسألتان في هذا الفصل .

٩٣٦٣- المسألة الثالثة : ألا يقع التعرض لوقت الرجعة ، ولا لوقت انقضاء العدة ، ولكن يقول الزوج : راجعتك قبل انقضاء العدة ، وتقول المرأة : بل انقضت عدتي / قبل الرجعة . كان شيعي فيما سمعته ، ويلغنيه عنه بعض الأثبات يذكر وجهين في هذه الصورة : أحدهما - أن القول قول الزوج ؛ تغليبا لاستبقاء النكاح .

والثاني - أن القول قول المرأة ؛ تغليبا لاثمانها وتصديقها فيما لا مطلع عليه إلا من جهتها ، بخلاف الرجعة ؛ فإنه يتصور الإشهاد عليها والإشعار بها .

قال ابن سريج : إذا تعارض أصلان ، فالتحريم أغلب ، وظهر هاهنا اعتبار المبادرة إلى الدعوى ، فمن سبق ، فهو المصدق ، ومن [لا] ^(٢) يعتبر المسابقة يفرض صدور اللفظين معاً ، ويذكر الوجهين ، كما قدمنا .

وفي فصل المسابقة والتفريع عليه مزيد شرح لا يتأتى ذكره هاهنا ، فإن اختلج في نفس الطالب شيء ، فصبراً حتى ينتهي إليه .

وقد نجز فصل واحد من الفصول الثلاثة الموعودة .

(١) في الأصل : نغلبه .

(٢) زيادة لا يستقيم الكلام إلا بها .

الفصل الثاني

٩٣٦٤- فيه إذا وقع الوفاق على الوقت الذي قالت المرأة فيه : « انقضت عدتي » ، فقال الزوج : « قد راجعتك قبل هذا » ، وأنكرت المرأة قوله ، وما اعترفت بارتجاعه أصلاً ، والفصل الأول فيه إذا اعترفت بارتجاعه ، وأنكرت التقدم على وقت انقضاء العدة ، فأصل لفظه متفق عليه ، والخلاف في وقته ، وهاهنا أصل الارتجاع قد أنكرته المرأة .

قال صاحب التقريب : هاهنا القول قول المرأة بلا خلاف ، من غير تفصيل . وهذا عندي خطأ صريح ؛ فإنها إذا اعترفت برجعة بعد العدة ، فذلك الاعتراف لا حكم له ؛ فإنها ما أقرت برجعة ، وإنما أقرت بالتلفظ بصيغة الرجعة ، وقال الزوج : لو أثبت بلفظ الرجعة في الوقت الذي اعترفت المرأة به ، لكان لغواً غير مفيد ، فإذا تنازع يؤول إلى ما ادّعاه الزوج من الرجعة يوم الخميس . هذا مثار الخلاف ، والاعتراف بقوله يوم السبت باطل ، فتعود المسائل الثلاث في ذلك بما أجرينا فيها من الأوجه . ولا ينبغي للفقهاء أن يتمادى فيه .

الفصل الثالث

في تنازع الزوجين والعدة باقية

٩٣٦٥- فإذا قال الزوج : راجعتك أمس ، وقالت المرأة ما راجعتني أصلاً ، والعدة باقية ، وربما يجري هذا في صدر العدة .

قال صاحب التقريب : المذهب أن القول قول الزوج ؛ فإنه ادعى الرجعة في وقت لو أراد إنشاء الرجعة فيه ، لأمكنه ، فقوي جانبه بذلك ، وقُبل قوله فيه . وحكى وجهاً غريباً أن القول قول المرأة في نفي الرجعة فيما سبق ؛ فإن الأصل عدم الرجعة ، وبقاء أثر الطلاق ؛ فإن أراد الزوج تحقيق ما قال ، فليبتدىء ارتجاعاً .

وهذا بعيد جداً ، ويلزم على قياس ذلك أن يقال : إذا وكل وكيلاً ببيع شيء من ماله ، فقال الوكيل : قد بعته ، وأنكر الموكل بيعه ، ولم يعزله عن الوكالة ، فالقول

ش ١١٩ قول الوكيل ؛ لأنه ادّعى البيع في وقتٍ لو أنشأه/ ، لنفذ منه ، فإن طرد الخلاف في الوكيل ، كان هاجماً على خرق الإجماع ، وإن سلّمه ، عسر الفرق بين رجعة الزوج وتصرف الوكيل . وهذا الوجه أراه غلطاً كالوجه الذي ذكره في الفصل الثاني ، وقد ذكرته الآن .

٩٣٦٦- فإذا قطعنا بأن القول قول الزوج إذا كانت العدة باقيةً ، فقد كان شيخي يحكي عن القفال أنّ الإقرار بالشيء في وقت إمكان إنشائه بمثابة إنشائه ، وإن كان إقراراً على الحقيقة ، وهذا لست أرى له وجهاً ؛ فإن الإقرار نقيض الإنشاء ، فيستحيل أن يفيد ويقوم مقامه ، والإقرار يدخله الصدق والكذب بخلاف الإنشاء ، فإذا أقر كاذباً كيف نجعله منشئاً ؛ فلا وجه لذلك .

وكان شيخي يطرد هذا الوجه في الطلاق ، ويقول : الإقرار بالطلاق طلاقٌ عند هذا القائل .

وهذا خطأ ؛ فإن الشافعي وأصحابه نصّوا على أنّ من أقر بالطلاق كاذباً ، فالزوجة قائمةٌ بينه وبين الله ، ولو كان الإقرار الكاذب طلاقاً واقعاً ظاهراً وباطناً ، لما تصوّرت مسائل التدين ، وقد قلنا : إذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق ، ونوى الطلاق عن وثاق ، لم يقع الطلاق باطلاً ، ولم نعرف في هذا خلافاً ، ومن يقول بوقوع الطلاق باطلاً إذا أقر كاذباً ، وهو لا ينبغي الإنشاء ، بل صرح بإسناد الطلاق إلى ما مضى مخبراً غير موقع ، فكيف يقع الطلاق باطلاً .

فإن قيل : نصّ الشافعي على أنّ من نكح أمةً ، ثم أقرّ بأنّي كنت نكحتها وأنا غير خائف من العنت ، فهذا طلاق . قلنا : هذا ضمٌّ إشكال إلى إشكال ؛ [فإنّا] ^(١) نبعد كون الإقرار بالطلاق إنشاءً ، وهذا النص يقتضي أن يكون الإقرار بفساد النكاح إنشاءً طلاق ، وهذا كلام متناقض ؛ فإن فساد النكاح يمنع وقوع الطلاق ، فلا وجه عندي إلا حمل هذا النص على خللٍ في النقل ، وليس من الحزم تشويش أصول المذهب بمثل هذا .

٩٣٦٧- فإن قلنا : لا يكون الإقرار كالإنشاء ، وصدقنا الزوج في دعوى الرجعة المضافة إلى أمس ، فللمرأة أن تحلفه ، فإن كل مصدق في الخصومات محلف في أمثال ما نحن فيه .

وقد انتهت [الفصول]^(١) الثلاثة وبقيت وراءها مسألة ، نص الشافعي [عليها]^(٢) في المختصر ، ولم يقف^(٣) عليها المزني ، ونحن نذكرها ، ونذكر لحن المزني فيها .

٩٣٦٨- قال الشافعي : ولو قال : « ارتجعتك اليوم ، وقالت : انقضت عدتي قبل رجعتك ، صدقتها ، إلا أن تُقرّ بعد ذلك ، فتكون كمن جحد حقاً ، ثم أقر به »^(٤) ، هذا لفظ الشافعي .

ونحن نقول بعدد : هذه المسألة نصورها إنشاء ونصورها إخباراً ، فإذا أنشأ ، وقال : راجعتك ، فقالت على الاتصال : انقضت عدتي ، فالرجعة لا تصح ، فإننا لو حكمنا بصحتها ، لحصلت مع الفراغ من اللفظ ، وهكذا سبيل كل ما يتعلق بالألفاظ ، وقولها إخبار ، والمخبر عنه لو صدقت يتقدم على قولها ؛ فإن العدة تنقضي / ثم تُنشئ ١٢٠ ي على الاتصال - إن ابتدرت - إخباراً عن انقضاء سابق على أول الخبر ، وقد ثبت أنها مصدقة ؛ فإذا قررنا الإنشاء في الرجعة على حقه ، وصدقناها ، وقع انقضاء العدة مع فراغ الزوج من لفظ الرجعة ، فيتبين أنها وقعت في وقت صدقنا المرأة في انقضاء العدة فيه .

وحمل معظم الأصحاب قول الشافعي في رسم المسألة على إنشاء الرجعة منه ، وإخبارها على الاتصال ؛ إذ لا يتصور [منها]^(٥) إنشاء أمر ، والعدة لا تنقضي بالقول

(١) في الأصل : « الأصول » .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) ولم يقف عليها المزني : هل المعنى لم يقف على سرّها ويدرك حقيقتها ؟ أم الكلمة محرّفة والصواب لم « يوافقها عليها المزني » ؟ الله أعلم .

(٤) ر . المختصر : ٩٠ / ٤ .

(٥) في الأصل : فيها .

حسب حصول الرجعة بالقول . وإذا كانت الرجعة توجب الحِلَّ ، وانقضاء العدة يوجب البينونة ، فإذا انتفى الموجبان ، وجب تغليب الحظر ، فهذا حمل المسألة على إنشاء الرجعة .

فإن زعم الزوج أنني لم أرد بقولي : « راجعتك » إنشاء الرجعة وإنما أردت الإخبار عن رجعة سبقت مني ، فإذا قالت المرأة على الاتصال : انقضت عدتي ، فهذه المسألة تنعطف على الصور التي تقدّمت ، فيقع الحكم مثلاً بانقضاء زمن العدة بقولها ، ونقول للزوج : متى راجعتها ؟ فإن زعم أنه راجعها قبل هذا بيوم مثلاً ، فقوله : راجعتك في الحال لا يزاحم خبرها عن انقضاء العدة ، حتى يقال : ابتدر بالدعوى ، بل قوله صالح للإنشاء ، وهو صريح فيه . وقد ذكرنا أن صريح الإنشاء لا يزاحم خبرها ؛ فهي امرأة مبتدئة بدعوى انقضاء العدة ، فإذا قال الزوج بعد ذلك : قد راجعتها قبل هذا الزمان ، فهذا كلام مؤخّر عن قولها ، وقد سبق التفصيل فيه إذا ابتدرت ، فادّعت انقضاء العدة ، ثم ادعى الزوج بعد هذا رجعة سابقة .

هذا بيان المسألة إذا صوّرت إنشاءً ، أو حُمل قول الزوج على الإخبار .

٩٣٦٩- ولما أورد المزنّي هذه المسألة جعل الزوج مبتدئاً بدعوى الرجعة ، وقدّر المرأة مستأخرة في دعوى الانقضاء ، ورأى أن الزوج أولى بالتصديق .

والذي ذكره قد يتجه إذا تأخّر قولها ولم يتصل ، وتقدّمت دعوى الرجل ، فأما إذا قال الزوج : راجعتها ، فقالت على الاتصال : انقضت عدتي ، فلا يتجه إلا إبطال الرجعة ؛ فإن لفظه صريح في الإنشاء ، والإنشاء باطل مع الخبر المتصل . وإن حمّله على الإخبار ، فلفظه المطلق لا يصل لذلك ، فيقع الحكم بالانقضاء ، فإن أنشأ بعد ذلك تقديم دعوى ، فهذا مزيد في تصوير المسألة وإتيان دعوى أخرى مستفتحة .

هذا بيان الأصول والصور في اختلاف الزوجين . والله أعلم .

فَضْلُكَ

قال : « ولو دخل^(١) بها ، ثم طلقها . . . إلى آخره »^(٢) .

٩٣٧٠- أراد الشافعي رضي الله عنه بقوله : « دخل بها » خلا بها ، ثم تعرض للخلاف في ادعاء الإصابة ونفيها ، وقد ذكرنا اختلاف القول في أن الخلوة هل تنزل منزلة الوطء في اقتضاء العدة وتقرير المهر ؟ فإن نزلنا الخلوة منزلة/ الوطء في إيجاب ١٢٠ ش العدة ، فالرأي الظاهر الذي يجب القطع به أن الرجعة تثبت ثبوتها لو كانت موطوءة .

وقال أبو حنيفة^(٣) : تثبت العدة ، ولا تثبت الرجعة ، وحكى الشيخ أبو علي وجهاً مثل^(٤) مذهب أبي حنيفة .

وهذا لا اتجاه له في القياس ؛ فإن العدة إذا ثبتت في مُطْلَقَةٍ من غير عوض ولا استيفاء عدد ، فلا معنى لنفي الرجعة .

قال الشيخ : هذا يوجّه بأن الرجعة تستدعي عُلُقَةً كاملة ، فإذا لم يجر سبب العلوق ، لم تتأكد العُلُقَة ، ومقتضى الطلاق القطع وإزالة الملك .

ولا حاصل لهذا الكلام ؛ فإن العدة تترتب على اشتغال الرحم ، أو على جريان سبب الاشتغال ، والعدة بهذا المعنى أخص من الرجعة ، فإذا لم يبعد وجوب العدة على خلاف قياس موضوعها ، لم يبعد ثبوت الرجعة .

وحكى الشيخ أيضاً وجهين في أنا إذا أوجبنا العدة على المطلقة التي أتاها الزوج في دبرها ، فهل تثبت الرجعة في مثل هذه العدة أم لا ؟ أحدهما - تثبت الرجعة ، وهو القياس .

والثاني - لا تثبت ؛ فإن إيجاب العدة في حق المأثية في غير المأثي مرتبط بضروب

(١) في المختصر : « خلا » .

(٢) ر . المختصر : ٩٠/٤ .

(٣) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٢٣٤/٤ مسألة ١٩٤٣ ، المبسوط : ١٤٨/٥ .

(٤) عبارة الأصل : وجهاً مثل له مذهب أبي حنيفة .

من التغليظ ، ويليق بالتغليظ نفْيُ الرجعة ، وهذا الوجه على ضعفه قد يستند إلى ما ذكره الشيخ من التغليظ . أما الوجه الذي حكاه في الخلوة ، فلا وجه له أصلاً .

٩٣٧١- ومما ذكره الشيخ متصلاً بهذا أنه لو قال لامرأته : مهما^(١) وطئتكَ ، فأنت طالق ، فإذا وطئها ، وقع الطلاق ، [واستقبلت]^(٢) العدة بالأقراء إن لم تَعْلَق .

ثم لو وطئها ورأينا إيجاب المهر بوطء الرجعية ، فتفصيل القول في المهر لو نزع أو استدام ، أو نزع وأعاد ، كتفصيل القول فيه إذا قال : [إذا]^(٣) وطئتكَ ، فأنت طالق ثلاثاً ، أو نفرض الاستدامة والنزع والإعادة على جهالة . وقد تمهد هذا فيما سبق .

٩٣٧٢- وإذا حكمنا بأن الخلوة لا تقرّر المهرَ ، ولا تحل محل الوطء ، فلو ادعى الزوج الإصابة وأنكرتها المرأة ، أو ادّعت المرأة الإصابة لتقرير المهر وأنكرها الرجل ، ففي المسألة قولان قدمنا ذكرهما في كتاب الصّدق .

فَضْلُكَ

قال : « ولو ارتدّت بعد طلاقه . . . إلى آخره »^(٤) .

٩٣٧٣- إذا طلق الرجل امرأته ثم ارتدّ ، أو ارتدّت ، فارتجعها في حال رَدِّتها ، أو ردة أحدهما قال الشافعي : الرجعة فاسدة ؛ لأنها للإحلال والردة تنافي الإحلال ، وقال المزني : إن دامت الردة حتى انقضت العدة ، فتبين أن الرجعة وقعت وراء البيونة ؛ فإننا نتبين عند استمرار الردّة إلى انقضاء العدة أنها تضمنت قطع النكاح كما^(٥) وقعت . وإن زالت الردّة في مدة العدة ، فتبيّن أن الرجعة واقعةٌ صحيحةٌ لمصادفتها محلّها تبيّناً .

(١) مهما : بمعنى : إذا .

(٢) في الأصل : استقبلت . والمثبت تصرف من المحقق .

(٣) زيادة اقتضاها استقامة الكلام .

(٤) ر . المختصر : ٩٠/٤ .

(٥) كما : بمعنى عندما .

هذا ذكره المزني واختاره لنفسه ، وله عبارات في اختياراته : تارةً يفرض ويسرف ويقول بعد النقل : « هذا ليس بشيء » ، وما كان كذلك ، فهو من مفرداته . وكلامه مشعر بمجانبته / مذهب الشافعي فيما نقله وأخذه في مأخذ آخر ، فلا يعد مذهبه ١٢١ ي تخريباً .

وتارة يقول : قياس الشافعي خلاف ما نقلته ، فإذا قال ذلك ، فالأوجه عد ما يذكره قولاً مخرجاً للشافعي .

وإذا لم يتصرف على قياسه ، وقال : الأشبه عندي ، كان لفظه متردداً بين التصرف على قياس الشافعي مصيراً إلى أن المعنى بقوله هذا أشبه : [أي] ^(١) هذا أشبه بمذهب الشافعي ، ويجوز أن يقال : « هذا أشبه » معناه أشبه بالحق ومسلك الظن ، ولم أر أحداً من أصحابنا يعدّ اختيار المزني في هذه المسألة قولاً معدوداً من المذهب مخرجاً .

وما ذكره متجه على القياس جداً ؛ فإن الردة إذا زالت قبل انقضاء مدة العدة ، تبين أن النكاح لم ينخرم ، وأن الملك لم يزل أصلاً ، وما مضى كنا نحسبه من العدة ، ثم تبين أنها لم تخض في العدة ، بخلاف الرجعية إذا ارتجعها زوجها ؛ فإن العدة تنقطع ولا تبين أنها لم تخض في العدة ، والإشكال يتأكد بأن الإحرام مع أنه يمنع من ابتداء النكاح لا يمنع من الرجعة على النص والمذهب المعتمد ، فكان يتجه تخريج الرجعة على الوقف ، وليست الرجعية بعيدة عن التفريع على الوقف فيما نحن فيه .

ولا خلاف أن المرتدة إذا طُلقَت ، ثم زالت الردة قبل انقضاء أمد العدة ، فالطلاق واقع ، وهذا متفق عليه .

٩٣٧٤- والذي يمكن توجيه النصّ به أن الردّة إذا تمادت حتى انقضت العدة ، وقعت البينونة تبيناً مع أول جزء من الردة ، ووقع التماضي بعد البينونة ، فلا يقع التماضي شرطاً في وقوع البينونة ، فإن الشرط لا يتأخر عن الشروط ، ويتحقق بذلك أن الردة تمنع الإقدام على الاستحلال ابتداءً ، ولو فرض زوالها ، فهي محتملة في دوام

(١) في الأصل : إلى هذا .

النكاح ، فأما أن تحتّم في ابتداء تصحيح تحليل ينشأ ، فلا . وينضم إليه ما يقتضيه الشرع من التغليظ على المرتد .

وأما المحرم ، فلا مجال للمعنى فيه ، والمتبع في امتناع نكاح المحرم خبرُ الرسول صلى الله عليه ، والردة تنافي الاستحلال على معنى معتبر ، فلا معنى للتصحيح .

وأما الخروج على الوقف ، فقد ذكرنا توجيهه على رأي المزني ، ولكن لم يقل به أحدٌ من أئمة المذهب ، ووجه ردّ الوقف أن الرّدة التي وقعت لا تبين آخراً أنها لم تقع ، فاقترانها بابتداء الرجعة كاقتران مفسد بالعقد ، وهو بمثابة ما لو وهب الخمر أو رهنها ، ثم استحالت خلاً ، فأقبض الخلّ ، فالشدة المقرنة بالعقد تمنع انعقاد العقد ، وقد تطرأ الشدة بعد الانعقاد ، فيتوقف على الزوال ، كما ذكرناه في مسائل الرّهون .

وأما وقوع الطلاق عند زوال الرّدة في مدة العدة ، فليس بدعاً ؛ من جهة أن الطلاق تحريم كالرّدة ، فلا منافاة ، وقد تبين آخراً أن النكاح كان دائماً .

٩٣٧٥- وإذا أردنا تقييد المذهب بمراسم قلنا : الوقف الذي رجع إلى الجهالة ،

ش ١٢١ كالذي يبيع عبداً كان لأبيه/ في حالة ظنه بقاءه ، فإذا تبين أن أباه كان ميتاً والعبد انتقل إلى البائع إرثاً قبل البيع ، فالضابط في هذا الفن أن ما لا يقبل التعليق إذا اقترن به جهلٌ على هذا النسق ، نُظر : فإن لم يكن الجهل مستنداً إلى أصلٍ ماضٍ ، فلا حكم له ، وهو بمثابة ما لو باع عبداً حسبه لغيره ، ثم تبين له أن العبد كان له ، فالبيع نافذ .

وإن استند الجهل إلى أصل متقدم ، كبيع عبد الأب على ظن بقاءه إذا تبين أن الأب كان ميتاً وقت البيع ، ففي المسألة قولان ، أما الطلاق ؛ فإنه لا يندفع بالظنون سواء استندت إلى أصول أو لم تستند .

٩٣٧٦- ومما نذكر في ذلك أن الرجل إذا قال لأَمته : إن قَبِضَ الله بيننا نكاحاً ،

فأنت حرة قُبَيْله ، فإذا نكحها ، فقد قطع صاحب التقريب ، ومعظم المحققين بصحة النكاح ؛ فإن الإقدام عليه كان على ثبوت .

وقال بعض الأصحاب : هذا يخرج على الوقف . وهذا لا أصل له .

ومن مراتب الكلام في الوقف ما دُفِعنا إليه ، فالمزني ألحق رجعة المرتد والمرتدة

بالوقف ، والشافعي رأى نفس اقتران الردّة مفسداً للفظ الرجعة ، وأجرى عدم الردّة شرطاً في الصحة ، والتوقف الذي حسبه المزنّي ذاك في دوام النكاح لا في إنشاء ما ينشأ على الصحة ، وينشأ على الفساد ، فيفسد .
هكذا منتهى القول في ذلك .

* * *

باب المطلقة ثلاثاً^(١)

قال الشافعي رضي الله عنه : « قال الله تعالى في المطلقة الطلقة الثالثة . . . إلى آخره »^(٢) .

٩٣٧٧- إذا طلق الرجل الحرَّ امرأته ثلاثاً ، أو طلق العبد زوجته طلقتين ، واستوفى كل واحد منهما أقصى ما أثبت له من الطلاق ، فيحرّم عليه عقد النكاح عليها ، حتى تنكح زوجاً آخر نكاحاً صحيحاً ، ثم يغشاها الزوج الثاني ، وينبت النكاح ، وتُخلى^(٣) عن العدة ؛ فإذا ذاك محلّ للزوج المطلّق تجديد النكاح ، وسبيلها معه كسبيل أجنبية يبتغي ابتداء نكاحها ، قال الله تعالى : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا يَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ [البقرة : ٢٣٠] والمعنى : فإن طلقها الطلقة الثالثة ، فلا تحل له بنكاح حتى تتزوج زوجاً آخر .

وليس^(٤) للإصابة ذكرٌ في القرآن ، وإنما هي مستفادة من السنة : روي أن رفاعه بن رافع طلق امرأته ثلاثاً ، فتزوجت من عبد الرحمن بن الزبير ، ثم جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم شاكية ، فقالت : يا رسول الله إن ما معه مثل هُدبة الثوب ، فقال عبد الرحمن : كذبت يا رسول الله ، والله إني لأعركها عرك الأديم العكاظي ، فقال صلى الله عليه وسلم : « تريد أن ترجعي إلى رفاعه ؛ حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك »^(٥) ، فشرط الإصابة .

(١) من هنا بدأ جزء جديد من نسخة ت ٢ ، فصار نصّاً مساعداً مع نسخة الأصل .

(٢) ر . المختصر : ٩١/٤ .

(٣) تُخلى : مضارع أخلا ، بمعنى (خلا) تقول : خلا المنزل من أهله ، وأخلى من أهله (المصباح) .

(٤) ساقطة من (ت ٢) .

(٥) حديث زوجة رفاعه بن رافع القرظي متفق عليه من حديث عائشة رضي الله عنها (ر .

وقال بعض العلماء : جَمْعُ الطلاق مما لا يحبه الله تعالى . والرجلُ إن لم يكن ممنوعاً عنه قولاً صريحاً ، فلعل الغرض من إثبات التحليل أن ينكف الرجل عن تطليق التي يضمّر معاودتها ثلاثاً ، حَذَرًا من التحليل الذي يشتد وقعه على كل ذي غيرة من ١٢٢ ي الرجال .

٩٣٧٨- ثم الكلام يقع في فصول : أحدها - القول في الجهة التي يشترط حصول الوطء فيها ، فنقول : إذا طلق الرجل زوجته الأمة ثلاثاً ، فوطئها مولاهما بملك اليمين ، لم يحصل التحليل به وفاقاً ، والمرعي حصول الوطء في الجهة الكاملة الموضوعية للوطء التي وقع الطلاق فيها .

ولو نكحت المطلقة ثلاثاً نكاح شبهة ، وحصل الوطء على ظن التحليل ، ففي حصول التحليل قولان : أظهرهما - أنه لا يحصل ؛ فإنه لم يقع في نكاح ، ولا معول على الظن المخالف للحقيقة .

وهذا كما أن الإحصان لا يحصل بالوطء في النكاح الفاسد .

والقول الثاني : إن التحليل يحصل ؛ لأن النكاح الفاسد ملحق بالصحيح في معظم الأحكام ، والمعنى الذي ذكرناه [فيه]^(١) متعلقاً بالغيرة يحصل به ، وليس التحليل كالإحصان ؛ فإن الوطء في الإحصان [ركنٌ في إفادة كمال التمتع]^(٢) يُنتج التعرض للعقوبة الكبرى ، فلئن وقف على التحقيق ، لم يبعد .

ثم إذا فرعنا على القول الضعيف ، فلو وطئت تلك المرأة بشبهة ، من غير فرض جريان صورة النكاح ، فقد اختلف جواب الأئمة ، فالذي اختاره المحققون أن التحليل لا يحصل به ؛ فإنه لم يجر فيما يسمى نكاحاً .

= البخاري : الطلاق ، باب من أجاز طلاق الثلاث ، ح ٤٩٦٠ ، مسلم : النكاح : باب لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره ، ح ١٤٣٣ .

(١) ساقطة من الأصل ، وفي ت ٢ : منه . والمثبت تصرف من المحقق .

(٢) في الأصل : « ركن في إفادة كماله في المستمتع » وفي ت ٢ : « يكن في إفادة كمال في المستمتع » والمثبت تصرف منا استئناساً بعبارة ابن أبي عصرون . (صفوة المذهب : جزء ٥ ورقة : ٦١ يمين) .

ومن يُلحق النكاحَ الفاسدَ بالصحيح ، فقد يتخيل اندراج النكاح تحت الاسم المطلق ، مع ثبوت الأحكام ، والمذكور في كتاب الله النكاحُ .

وذهب بعض أصحابنا إلى أن وطء الشبهة بمثابة الوطء في النكاح الفاسد ؛ فإن اسم النكاح على الإطلاق لا يتناول الفاسد عندنا ، فليس في الوطء في النكاح [الفاسد]^(١) إلا ظنُّ الحِلِّ ، وهذا المعنى متحقق في وطء الشبهة .

التفريع : ٩٣٧٩- إن جرينا على أن وطء الشبهة لا يحلل ، فلا كلام .

وإن جعلناه محللاً ، فالوجه عندنا أن نفرض جريانه على ظن الزوجية ، فلو ألم بها رجل وحسبها مملوكته ، فحسبان الملك لا يزيد على نفس الملك ، والوطء في نفس الملك لا يوجب التحليل ، وسيكون لنا عودٌ إلى تفصيل وطء الشبهة واختلاف الظنون فيه ، في أحكام الاستيلاد وحرية الولد ، إن شاء الله .

ولو علمت المرأة فساد النكاح ، وتعرضت لحد الزنا ، وجهل الزوج ، أو كان الأمر على العكس ، فقد ذكرنا أوجهاً في أن تحريم المصاهرة هل يحصل مع الجهل في أحد الجانبين ؟

والذي أراه القطع بأن التحليل لا يحصل ما لم يكن الجهل شاملاً لهما ؛ فإن العلم إذا ألحق أحدهما بالزنا ، استحال تخيُّل التحليل مع هذا ؛ ولهذا قطعنا القول أن الوطء في نكاح الشبهة يوجب حرمة المصاهرة ، وقلنا : القول الأصح أن الوطء في نكاح الشبهة الشاملة للجانبين لا يقتضي التحليل .

فهذا تمام القول في الجهة التي يشترط حصول الوطء فيها .

٩٣٨٠- فأما الكلام في الوطء ، فتغيب الحشفة - أو تغيب مقدارها إن كانت

ش ١٢٢ الحشفة مقطوعة - هو المعتبر ، وقد ذكرنا هذا فيما تقدم ، وأوضحنا أن الأحكام المنوطة بالوطء تحصل جملتها بما نصصنا عليه .

والإتيان في الدبر لا يفيد التحليل وفاقاً ، فالذي هو المقصود في الفصل استدخال المرأة الفرجَ بالأصبع ، ولا بد من الاعتناء في ذلك بضبط المذهب ، فإن حصل

الانتشار ووقع الإيلاج مع الاستعانة بالأصبع ، فهذا وطء . وإن كان العضو [فاتراً]^(١) لم يخل إما أن يكون ممن لا يتوقع منه في مثل حده انتشاراً ، أو كان يتوقع منه انتشار ، فإن كان ذلك ممن يتوقع منه انتشار ، ولكن صادف الإدخال والاستدخال فتوراً أو عنة فالذي أطلقه الأصحاب أن هذا يحصل به التحليل ؛ فإن العضو مما يتوقع الإيلاج به ، وقد حصل الوصول إلى الباطن ، فلا نظر إلى وصوله بصفته وقوته ، أو إلى وصوله بإدخال واستدخال .

فأما إذا كان الزوج صبيّاً لا يتصور من مثله انتشار ، كابن أيام ، فإذا استدخلت المرأة ذلك منه ، وقد قبل النكاح له ، فالذي أطلقه الأصحاب أن التحليل لا يحصل به هذا ؛ فإن ذلك إذا لم يكن في مظنة إمكان الوطء لا يسمى وطءاً ، فلا اعتبار به .

وهذا مشكل عندنا ، وقد وصل الفرج إلى داخل الفرج ، ولا يجوز أن يكون في وجوب الغسل خلاف ، وإن منع مانع هذا ، كان مُبْعِداً ، وإن سَلِمَ أنه وطء تام في الغسل ، استحال تبعض الأحكام ، وإن التفت الأصحاب على أن المرعي في وطء المحلل ما يُنتج انتعاش الغيرة ، وهذا إنما يُفرض عند إمكان الوطء ، فهذا أقرب ما يتمسك به .

وذكر شيخي قولاً غريباً : أن وطء الصبي لا يفيد التحليل وإن أولج .

وهذا لم أره إلا له وقد نقلته بعد تكرّر السماع عنه ومصادفته في التعليقات ، وإن صح ، فوجهه أنه لا يحرك الغيرة ، ولست أعتد بهذا القول من المذهب ، ولو ذكر هذا التردد في الإدخال من الصبي الذي لا يتصور من مثله الجماع ، لكان حسناً ، ولكنه ذكره في غير البالغ ، وإن ناهز وأولج الفرج المنتشر ، وهذا على نهاية البعد^(٢) .

(١) في الأصل : فاقدراً . والمثبت من (٢) .

(٢) علق ابن أبي عصرون على ذلك قائلاً : « قلت : ومذهب العراقيين أن الإيلاج من غير انتشار لا يحصل به التحليل مطلقاً ، تمسكاً بقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ، حتى تذوقي عسيلته ، ويذوق عسيلتك » وهذا تعبير عن وجود الشهوة منهما ، فمن لا تتحرك أخته كيف يجد لذة لإدخاله بالذس ؟ هذا في حق من له شهوة ، فأما الصبي الصغير ، فلا عبرة بتغيّبه ولو انتشر لفقد الشهوة في حقه » انتهى بنصه (ر . صفوة المذهب : جزء ٥ ورقة : ٦١ شمال) .

وذكر بعض الأصحاب في التخفيف من الغيرة تزويج المطلقة من عبدٍ صغير - إذا قلنا : يقبل السيد النكاح لعبده الصغير - ثم يولج القدر المرعي ، ويوهب العبد منها ، فينفسخ النكاح .

ولا شك أن وطء الخصي كوطء الفحل .

٩٣٨١- ومما نذكره الكلام في حالاتٍ مُحَرَّمَةِ الوطء ، مع دوام النكاح ، فنقول : إذا أصابها الزوج صائمة ، أو مُحرمة ، أو حائضاً ، حلت بالإصابة ، وإن كانت مُحَرَّمَةً ، خلافاً لمالك^(١) .

ومقصود الفصل أنه لو أصابها وهي مرتدة أو هو مرتد ، أو أصابها وهي في عِدَّة الرجعة ، ثم زالت الرِّدَّة ، فكيف السبيل ؟ وهل نقضي بأن التحليل يحصل ؟ تكلم الشافعي رضي الله عنه فيما ذكرناه ، وأنكر المزمي^(٢) تصوّر المسألة ؛ فإن الردة من غير دخول [تبت]^(٣) النكاح ، والطلاق من غير مسيس يستعقب البيونة ، فكيف تصوير المسألة^(٤) ؟ فقليل له : إذا استدخلت ماء الرجل تلتزم العدة/ ولا تحل لزوجها ، والإتيان في الدبر يوجب العدة ، ولا يتعلق به التحليل ، كما قدمناه ، والخلوة - في القول البعيد - توجب العدة ، ولا تحلل ، فهذا تصوير المسألة .

(١) ر . الإشراف : ٧٥٧/٢ مسألة ١٣٨١ ، حاشية العدوي : ٧٢/٢ .

(٢) ر . المختصر : ٩٣/٤ .

(٣) في الأصل : تبت ، وفي ت٢ : من غير نكاح تثبت النكاح .

(٤) ينكر المزمي تصوّر المسألة ، لأن هذه المطلقة ثلاثاً إذا تزوجت الزوج الآخر ، فإن أصابها قبل الرِّدَّة ، ثم ارتدت وعادت ، فقد حلت بالوطء قبل الردة ، ولكنها لو ارتدت قبل الدخول ، فقد انبت النكاح ، فكيف يتصور وطء للمرتدة بعد البيونة ؟

ومثلها الرجعية ، فلو أصابها قبل الطلاق ، فقد حلت بهذه الإصابة ، ولا عبرة بالوطء في العدة حصل أو لم يحصل ، وأما إذا طلقها قبل الإصابة ، فقد انبت نكاحها ، فكيف يتصور وطء في عِدَّة الرجعة ، ولا رجعة له عليها ما لم يكن أصابها ، أي دخل بها ، أي حصل الوطء . هذا وجه استبعاد المزمي وإنكاره تصوّر المسألة ، والردّ عليه بتصوير الاستدخال والوطء في الدبر ، حيث لا تحليل بذلك ، مع أنه يوجب العدة ، فلو وطأ في هذه العدة هل تحل له بهذا الوطء ؟ هذه صورة المسألة .

فأما الحكم ، فقد قال الشافعي رضي الله عنه : لا يحصل التحليل بالوطء في زمان الردة ولا بوطء الرجعية ، فإن هذا وطاءً في ملك مختل .

قال المحققون : إن حكمنا بأن الوطاء في النكاح الفاسد يفيد التحليل ، فلا شك أن الوطاء في الردة ووطء الرجعية يفيد التحليل ، وإن حكمنا بأن الوطاء في نكاح الشبهة لا يفيد التحليل ، فلا شك أن الردة لو دامت حتى انقضت العدة ، لم يفد التحليل ، وإن زالت الردة قبل انقضاء العدة ، فالمسألة - حيث انتهينا إليه - محتملة أيضاً ، وليس الوطاء في هذا كالرجعة مع الردة ؛ فإن الرجعة في حكم عقد يفسد ويصح ، فيجوز أن يتخلف عنه شرط الصحة ، وأما الوطاء ، فقد بان جريانه في صلب النكاح ، ولا يتطرق إليه وقفٌ وامتناعٌ بسببه ؛ فإن ذلك يليق بالعقود . نعم ، وطاء الرجعية قد يفرض في محله^(١) ضعف ، فإن الطلاق يزيل الملك على رأي الأصحاب .

والمذهب الذي عليه التعويل أن الوطاء يوجب المهرَ ، راجعها أو لم يراجعها ، والرأي في ذلك أن يتبع ما نحن فيه المهرَ ، فإن لم يراجعها ، ثبت المهر ولا تحليل ، وإن راجعها ، ففي المهر خلافٌ ، وفي التحليل احتمال .

وكل هذا إذا لم نجعل الوطاء في نكاح الشبهة محلاً ، [ولكن]^(٢) [إذا جعلنا الوطاء في نكاح الشبهة محلاً]^(٢) فالوجه ألا نجعله محلاً في الردة إذا دامت ، فإن المرتد على اعتقاد استدامته ، والله أعلم .

وقد يرد على هذا أن الحد مدفوع عنه في الرأي الظاهر .

٩٣٨٢- ثم قال الشافعي : « ولو ذكرت أنها نكحت نكاحاً صحيحاً... إلى آخره »^(٣) .

إذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً ، فانسرحت ذاكرةً أنها تنكح وتسعى في تحليل نفسها ،

(١) في ت ٢ : مثله .

(٢) ما بين المعقفين ساقط من الأصل ، والمثبت في رقم (٢) تصرف منا مكان عبارة غير مقروءة في (ت ٢) وأما رقم (٣) فهو مأخوذ من ت ٢ .

(٣) ر . المختصر : ٩٣ / ٤ .

فإذا عادت فذكرت أنها نكحت ووطئت وتخلت وحلت ، وكان لا يقترن بقولها ما يكذبها ، قال الأصحاب : إن غلب على قلب الزوج صدقها ، فله التعويل على قولها . وإن شك ، ولم يترجح له ظن ، فالورع الاجتناب .

ولكن لو عول على قولها ، ونكحها ، صح ، ولو غلب على الظن كذبها ، وكان صدقها ممكناً ، فلو نكحها ، فالذي قطع به الأصحاب صحة النكاح ، مع انتهاء الأمر إلى الكراهية .

وفي بعض التصانيف أنه إذا ظنها كاذبة ، وعول على قولها ونكحها ، لم تحل له .

وهذا غلط صريح ، وهو من عثرات الكتاب^(١) . والذي قطع به الإمام وصاحب التقریب والشيخ أبو علي والعراقيون أن النكاح ينقذ ، وتحل في ظاهر الحكم ، وإن غلب على الظن كذبها إذا كان الصدق ممكناً .

٩٣٨٣- وهذا المنقول وإن كان هو المذهب فقد يعترض للفتية فيه إشكال ؛ فإن إثبات النكاح بشهادة الشهود ممكن ، وكيف لا ولا يصح النكاح إلا بمحضر عدلين ، ولكن الجواب أن النكاح يُعنى للوطء وإثباته عسر ، والزواج يمتنع عن قيام الشهود عليه ، فهذا يُفضي إلى حسم الباب ، ولا يُغني إثبات النكاح شيئاً^(٢) ، والعسر في ش ١٢٣ المقصود قائم / .

ثم إثبات النكاح - من غير جحد وخصومة - مقام [الوطء]^(٣) متعذر ، وكل [ما لا يجوز]^(٤) إظهاره فهو هتكة ؛ فكان التعويل على قولها في الحكم اضطراراً . والأجنبية تنكح ، والتعويل على قولها في أنها خلية عن الموانع ، وهي في مقام

(١) هذا الضبط من نسخة الأصل .

(٢) ت ٢ : ولا يعني إثبات النكاح يقيناً .

(٣) زيادة من المحقق ، اقتضاها السياق ، حيث سقطت من النسختين .

(٤) ما بين المعقفين تصرف منا ، فعبارة الأصل غير مستقيمة ، هكذا : « متعذر وكل ينبغي بفرض في إظهاره ، فهو هتكة » وعبارة (ت ٢) مثلها إلا أن بها كلمة مطموسة لا تقرأ .

بائعٍ لحماً : يجوز أن يكون من ذكِّي^(١) ومن ميتة ، فالرجوع إلى قولها .
ولو قال الزوج الثاني ما وطئتها ، فلا معول على قول الزوج ؛ فإننا لو اعتمدناه
لأخوَجنا المرأة إلى إثبات الوطء بالبينة ، وفيه العُسْر الذي بنينا الفصلَ عليه .
فإن قيل : هلا أوجبتم تحليفها ؟ قلنا : هذا قول من لم يربط الفقه قلبه ، فإن
الحلف لا يُثبت يقيناً ، وقد أوضحنا أن النكاح ينعقد مع الرَّيب ، والله أعلم .

* * *

(١) ذكِّي فعيل بمعنى مفعول ، أي لحم من مذكَّى ، تقول : جملٌ ذكِّي أي مذكَّى (المصباح) .

كتاب الإيلاء

قال الشافعي رحمه الله : « قال الله تعالى ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ * وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ [البقرة : ٢٢٦-٢٢٧] . . . إلى آخره »^(١) .

٩٣٨٤- الأصل في الإيلاء قول الله تعالى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ﴾ [البقرة : ٢٢٦] ، والإيلاء في اللسان الحلف والألئية اليمين ، ومنه قول القائل : قليلُ الأَلْيَا حافظٌ ليمينه وإن بدرت منه الأَلْيَةُ برت^(٢) والإيلاء في لسان الشرع اسمٌ لحلف الرجل على الامتناع من وطء امرأته ، على تفاصيل ستأتي ، إن شاء الله .

وأصل الإيلاء متفق عليه ، وكان من طلاق الجاهلية ، وصورته وحكمه على الجملة في الإسلام ما نذكره ، فنقول : إذا حلف بالله أو حلف يميناً سنصفها : « لا يطاء امرأته » ، وأطلق ، أو ذكر الامتناع مدة تزيد على أربعة أشهر ولو بلحظة ، فهذا هو المولي ، ثم إن جامع في المدة ، استمر النكاح كما كان ، وسنذكر ما يلتزمه بالمخالفة . وإن بقي على امتناعه حتى انقضت المدة ، رفعته المرأة إن أرادت إلى مجلس القاضي ، وطالبته بالفيئة ، أو الطلاق ، فإن فاء وجامع أو طلق ، انقطعت الطَّلِبَةُ ، وإن أصرّ ، فللشافعي قولان فيما يعامل به : أحد القولين - أنه يُحبس حتى يطلق . والثاني - أن القاضي يطلق عليه زوجته ، ثم يكفي في الطلاق أن يطلقها طليقة

(١) ر . المختصر : ٩٤/٤ .

(٢) البيت من شواهد ابن منظور في اللسان ، ولم ينسبه ، وفيه : « وإن سبقت » وفي (ت ٢) : « ولم يك إلا حافظاً ليمينه » بدلاً من الشطر الأول .

وفي اللسان : الأَلْوَةُ ، والأَلْوَةُ ، والإلْوَةُ ، والأَلْيَةُ على فعيلة ، والأَلْيَا ، كله : اليمين ، والجمع : (أَلْيَا) .

رجعية . وإن حكمنا بأن السلطان يطلّق ، لم يطلّق إلا طلقة واحدة ، فإن صادفت محل الرجعة ، فرجعية ، وإن لم تكن محلاً للرجعة ، فبائنة .

وأبو حنيفة^(١) يقول : إذا انقضت الأربعة أشهر ، طُلقت [طلقة]^(٢) من غير حاجة إلى إنشاء الطلاق ، [والفيئة]^(٣) عنده تدفع الطلاق إذا وقعت في المدة ، ثم الطلاق الواقع عند منقراض المدة بلفظ الإيلاء بائنٌ عنده .

٩٣٨٥- ومما نذكره في تأسيس الكتاب وطلب الإيناس بتصويره : أن الرجل إذا آلى أخذت المدة في الجريان من غير حاجة إلى ضربٍ من جهة القاضي ، بخلاف مدة العنة ، فإنها من يوم الترافع إلى القاضي ؛ لأنها مجتهد فيها .

والمعنى الكلبي الذي عنه صَدَرُ مسائل الكتاب أن الرجل إذا امتنع عن وطء امرأته من غير أليّة ؛ فإنها [تُزجي]^(٤) الوقت بتوقع الوقاع . وإذا آلى ألا يجامعها ، فذلك يقطع ي ١٢٤ توقعها ، ويشتدّ ضرارُها ، وسنذكر قصة/ حفصة وعمر رضي الله عنهما ، وهي تدلّ على أن للمدة المنصوص عليها في القرآن أثراً ووقفاً في الإضرار .

ومن الأصول أن الأربعة الأشهر بجملتها فُسحة ومهلة من^(٥) الله تعالى أثبتها للزوج ، فلتقع الطلّبة بعدها ، وهذا الأصل يقتضي أن تكون المدة التي ذكرها الزوج في يمينه زائدة على المهلة التي أثبتها الله له ، ثم لا ضبط للزائد ، فيقع الاكتفاء بأقل القليل .

ولو قال قائل : هلا راعيتم زماناً بعد الأربعة الأشهر يمكن في مثله فرض الطلب ؟ قلنا : هذا لا يُرعى^(٦) ؛ فإن المدة إنما تعتمد زمانَ الضرار ، والمرأة تصبر على

(١) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٤٧٣/٢ مسألة ٩٩٨ ، المبسوط : ٢٢/٧ ، مختصر الطحاوي : ٢٠٧ .

(٢) زيادة من ت ٢ .

(٣) في النسختين : النية . والمثبت تصرفٌ من المحقق .

(٤) في النسختين بالراء المهملة (عليها علامة الإهمال) . والمثبت اختيار من المحقق ، وتزجي الوقت أي تقطعه وتُضميه .

(٥) ت ٢ : في كتاب الله .

(٦) ت ٢ : هذا مرعي .

زوجها أربعة أشهر فحسب ، وإن كانت الجبلات تختلف ، فالأصل الكلبي ما ذكرناه .
ولكن لو مضت تلك اللحظة الزائدة على الأربعة [الأشهر]^(١) المذكورة^(٢) في
اليمين ، لم يلتزم شيئاً^(٣) ، فليس الرجل بعد المدة مولياً^(٤) .
ولو حلف لا يطؤها خمسة أشهر ، فلم ترفعه حتى انقضى الشهر الخامس ، فقد
انقضى الإيلاء ، وصار الرجل بمثابة ما لم يول ، وسيأتي كل ذلك مشروحاً .
فإن قيل : فأى فائدة في الحكم بكونه مولياً ، ولا يُتصور توجيه الطلب عليه ،
ولا يقع الطلاق عندكم بمضي المدة ؟ قلنا : لا أثر للإيلاء إلا انتساب الرجل إلى المائم
في الإضرار بها إذ آيسها وقطع أملها عن الوطاء ، وهذا الأصل يعترض كثيراً في
المسائل ؛ فقدّمناه .

٩٣٨٦- ومما نرى تقديمه أن الرجل إذا قال لامرأته : والله لا أصبتك أربعة أشهر ،
فإذا انقضت ، فوالله لا أصبتك أربعة أشهر ، ثم هكذا ، حتى نَظَمَ أيماًناً ، فالذي صار
إليه الأئمة أن الرجل ليس مولياً . نعم ، هو حالف ، ولا يخفى حكم الحالفين . فإذا
نفينا الإيلاء عَنَيْنَا نَفْيَ خاصية هذا الكتاب^(٥) من الإفضاء إلى الطلب كما مهدناه ،
وهذا مشكل معترض على المعنى الكلبي الذي هو عماد الكتاب^(٥) وهو قطع التوقع
والإضرار .

وذكر الشيخ وجهاً غريباً أنه إذا ذكر يمينين مشتملين على مدتين يزيد مجموعهما
على أربعة أشهر ، وكانتا متواصلتين ، فهو مولٍ ، وهذا وإن كان جارياً على المعنى

(١) زيادة من المحقق .

(٢) عبارة ت ٢ : « ولكن لو مضت تلك اللحظة الزائدة على الأربعة ، فلا معنى لمطالبتها زوجها ،
فإنه لو فاء بعد انقضاء المدة المذكورة في اليمين لم يلتزم شيئاً » ، ففيها زيادة مقحمة .

(٣) فإنه لم يحث في يمينه ، فلم يلتزم كفارة ، ولم يزد على الأربعة الأشهر ، التي هي مهلة
من الله ، فلم يلتزم شيئاً بذلك أيضاً ، حقيقةً يأثم بإساءته لزوجته ، ولكنه إن لم يسوء العشرة ،
وليس إن لم المولين ، كما سيوضح ذلك فيما يأتي ، فصورة المسألة أنه أقسم ألا يطأ زوجته أربعة
أشهر ، فتتحل اليمين بانقضاء الأشهر الأربعة بغير حنث ، ويصبح غير مولٍ .

(٤) عبارة الأصل ، ومثلها (ت ٢) مضطربة ، ففيها لفظان يفسدان سياقها : هكذا « لم يلتزم
شيئاً ، وقيل وبعد فليس الرجل بعد المدة مولياً » .

(٥) ما بين القوسين ساقط من (ت ٢) .

الذي ذكرناه ، فهو خارج عن قياس الأبواب ؛ فإن لكل يمين حكمها ، وقد ذكر العراقيون هذا الوجه وزيفوه ، وزيفه الشيخ أيضاً .

وقد ذكرنا أن من حلف لا يجامع امرأته أربعة أشهر ولحظة ، فهو مولٍ وإن كان الزمان لا يتسع للطلبية ، ورَدَدْنَا فائدة الحكم بكونه مولياً إلى تأثيمه ، فليت شعري هل يؤثَّم المُولي من الأيمان المشتملة على المدد البالغة بمجموعها خمسة أشهر فصاعداً ؟ فإن لم نؤثِّمه ، بُعد ؛ وقد ظهر نكده^(١) وقصده في الإضرار ، وإن أئمناه وليس بيدنا في مسألة الأربعة الأشهر واللحظة^(٢) إلا التأثيم ، وقد قطعنا ثم بكونه مولياً ، وبيّنا أن المذهب أن صاحب الأيمان المتوالية ليس بمولٍ ، فكيف الكلام ؟

ش ١٢٤ أقصى الإمكان أن نقول : للتأثيم مأخذ/ ؛ فالذي يحلف على الأربعة الأشهر واللحظة^(٣) يأثم إثم المولين ، والذي يوالي بين الأيمان إن كان يأثم ، فالوجه ألا يأثم إثم المولين ، ولا يمتنع أن يقال : الصدوق للهجة إذا قال : « لا أجامعك » فقد يأثم ، ولو قال [قائل : القياس]^(٤) لا يأثم صاحب الأيمان المتوالية ، لم يكن قوله بعيداً ، وهذا يحصر الإثم^(٥) في الإتيان بما نهى الرب تعالى عنه .
وهذه جمل في تصوير الإيلاء وتمهيد أصله .

فصل في

قال : « والمولي من حلف بيمين تلزمه بها كفارة . . . إلى آخره »^(٥) .

٩٣٨٧- مضمون الفصل يتعلق بمقصودين : أحدهما - فيما هو إيلاء من جملة الأيمان ، والثاني - فيما يلتزمه المُولي إذا فاء [وحنث]^(٦) .

- (١) في (ت ٢) « نكَّره » ويتكرر هذا اللفظ (نكده) ومشتقاته في كلام الإمام بمعنى (عناده) ، ولم أجده منصوباً في المعاجم .
- (٢) ما بين القوسين ساقط من (ت ٢) .
- (٣) في النسختين : « ولو قال قياس لا يأثم » والمثبت تصرّف من المحقق .
- (٤) يحصر الإثم ثم في الإتيان .
- (٥) ر . المختصر : ٩٤ / ٤ .
- (٦) زيادة من (ت ٢) .

فأما القول في الأيمان فهي ثلاثة أقسام : أحدها - اليمين بالله تعالى أو بصفة من صفاته الأزلية ، كما سيأتي القول فيها - إن شاء الله تعالى - في أول كتاب الأيمان ، فإذا حلف بالله وأطلق ، أو قيد بالتأييد ، أو ذكر مدة تزيد على أربعة أشهر ، فهذا مولٍ . فهذا قسمٌ .

والقسم الثاني - أن يعلق بالوطء حكماً يقع ، كالطلاق والعتاق ، فالمنصوص عليه في الجديد أنه مولٍ ، وعلى هذا القول تفريع مسائل الكتاب . والقول الثاني - أنه ليس بمولٍ .

والقسم الثالث - ما لو علق بالوطء التزام أمرٍ يفرض لزومه بالنذر ، مثل أن يقول : إن وطئتكَ ، فله عليّ صوم أو صلاة أو صدقة ، أو لله عليّ أن أعتق عبداً ، فالقول الجديد أنه مولٍ ، وفي القديم قولٌ أنه ليس بمولٍ ، ثم إذا جعلناه مولياً ، فإذا خالف وفاء ، فهو حاث في يمين اللجاج والغضب ، وفيما يلزمه ثلاثة أقوال ، سنشير إليها في مسائل الكتاب ، ونستقصيها في كتاب النذور .

٩٣٨٨- وضابط المذهب في أقسام الأيمان أن الحالف بالله تعالى على الشرائط التي ذكرناها في الإطلاق والتأقيت مولٍ .

ثم المنصوص^(١) في الجديد أنه [إنما]^(٢) صار مولياً ؛ لأنه عرّض نفسه للالتزام أمرٍ [إذا]^(٣) جامع ؛ فظهر الضرر بذلك ، وبنى عليه إثبات الإيلاء بكل التزام ، وضمّ إلى الالتزام ما يقع ، كالطلاق والعتاق يعلّقان ؛ فإن الالتزام لا فقه فيه ، وإنما الغرض ذكر أمرٍ محذور لو فرض الوقاع ، وهذا يظهر الضرر ، واقعاً كان أو ملتزماً . هذا مسلك القول الجديد .

وأما القول القديم ، فإنه مبني على اتباع الحلف بأعظم ما يحلف به ، وفيه يظهر قصد الرجل في الامتناع ، وقد يقلّ الملتزم^(٤) حتى يستهان به ، فالمولي من يؤكد وعدّه

(١) ت ٢ : التعويض .

(٢) في الأصل : إذا .

(٣) في الأصل وفي (ت ٢) أيضاً : لالتزام أمرٍ أو جامع . والمثبت من المحقق .

(٤) ت ٢ : المسألة .

الامتناع بذكر أمر عظيم ، وكانت العرب تولي ، فتذكر اسم الله تعالى ، وإن ذكرت بعض الأصنام اعتقدته إلهاً ؛ فالإيلاء ينبغي أن يكون على النعت الذي عهد^(١) في الجاهلية ؛ فإنه طلاق جاهلي ، فعُيِّر بعض التغيير ، فيبقى على اقتضاء الطلاق إذا كان ي ١٢٥ على الصفة المعهودة^(٢) ، فإن لم يكن/ على تلك الصفة ، كان يميناً من الأيمان ، وهذا توجيه القول القديم .

وإذا أردنا أن ننظم القول ، قلنا : الحلف بالله على الامتناع عن الوقاع مطلقاً أو مقيداً بمدة زائدة على الأربعة الأشهر إيلاء ، ثم ذكر في العلة الجارية مجرى الضبط والحد مسلكان : أحدهما - أنه مول ؛ لأنه يلتزم بالوقاع بعد أربعة أشهر أمراً ، وهذا هو المسلك الجديد ، ويخرج عليه أن الحلف بالطلاق والعتاق والتزام ما يلتزم إيلاءً . والمسلك القديم - أن المولي من يمتنع عن الوقاع بذكر الاسم المعظم ، اتباعاً لما عهد فيه ، فيخرج الحلف بغير الله وبغير صفاته عن كونه إيلاء . والتفريع على الجديد . وقد نجز أحد مقصودي الفصل .

٩٣٨٩- فأما المقصود الثاني ، فهو بيان ما يلتزمه المولي إذا حلف بالله لا يجمع ثم جامع . المنصوص عليه في الجديد : لزمته كفارة اليمين ، وقياسه بين . والمنصوص عليه في القديم قولان : أحدهما - ما ذكرناه في الجديد . والثاني - أن الكفارة لا تلزم .

ووجه القول الجديد [لائح واضح ، ووجه القول القديم أن الإيلاء]^(٣) منتزَع عن حكم الأيمان ، لما فيه من اقتضاء الطلاق حملاً عليه عند الامتناع من الفیئة ، فكأن اليمين مستعملة في اقتضاء هذا المعنى ، مصروفة عن وضع الأيمان . وقد قالت عائشة رضي الله عنها : « الإيلاء طلاق ، غير أنه عُيِّر في الإسلام »^(٤) .

(١) في النسختين : الذي عهد إليه في الجاهلية . والتصرف من المحقق .

(٢) في ت ٢ : المحمودة .

(٣) ما بين المعقفين مزيد من (ت ٢) .

(٤) أثر عائشة رضي الله عنها لم نقف عليه .

والأصح القول الجديد ، وفيه^(١) بقية مُوجِب اليمين وإثباتُ حكم الطلاق عند الامتناع ؛ من جهة إظهار الضرر ، فلا تناقض بين الحكمين .

٩٣٩٠- وذكر القاضي رحمه الله في توجيه القول القديم التعلق بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ فَاءُ وَإِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ [البقرة : ٢٣٦] واستنبط منه أن المولى إذا فاء ، أدركه صفح الشرع وعفوه ، وهذا يشعر بانتفاء الغرم ، ثم تصرف^(٢) على موجب هذا الاستدلال ، فقال : الفیئة^(٣) مذكورة بعد مضي المدة ، فيجري القولان في انتفاء الكفارة في الوطاء الجاري بعد انقضاء المدة ؛ فإننا نتبع النص^(٤) في توجيه أحد القولين ، حتى إذا فرضت الفیئة في الأربعة الأشهر قبل انقضائها ، فالظاهر وجوب الكفارة ؛ فإن هذه الفیئة لا ذكر لها في القرآن ، ولا متعلق عنده في توجيه نفي^(٥) الكفارة إلا ظاهر الآية ، ثم استقر كلامه على أن نذكر في الفیئة بعد المدة قولين ونذكر في الفیئة دون المدة قولين ، والصورة الأخيرة أولى بوجوب الكفارة .

وهذا ترتيب رآه^(٦) ، وبناء على التوجيه بظاهر القرآن ، وليس بذاك^(٧) ، فليس في القرآن ما يوجب نفي الكفارة ، وإنما المقصود من قوله : ﴿ فَإِنْ فَاءُ وَإِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ [البقرة : ٢٢٦] أن الفیئة لا تحرم باليمين على الامتناع منها ، وقد يخطر للمؤمن المعظم اعتقادُ تحريم الفیئة . وقد صار إلى ذلك أبو حنيفة^(٨) ، فالآية بظاهرها تدل على نفي الحرج والتحريم عن الفیئة ، ثم لو^(٩) صح ما تخيله القاضي ففي الفیئة في الأشهر قطع الضرر ، فإذا كان يستحق المطالب في التضييق عليه التخفيف ، فابتدأه تدارك الأمر

(١) ت ٢ : وفي .

(٢) ت ٢ : ثم يضرب .

(٣) ت ٢ : العلة .

(٤) ت ٢ : البصر .

(٥) ت ٢ : بين .

(٦) ت ٢ : وهذا ترتيب رأيناه على التوجيه .

(٧) ت ٢ : كذلك .

(٨) ر . مختصر الطحاوي : ٢٠٧ ، المبسوط : ١٩/٧ ، فتح القدير : ٤٢/٤ .

(٩) ت ٢ : ثم صح ما تخيله القاضي .

ش ١٢٥ في قطع الضرار أولى بذلك ، فلا وجه لما ظنه / كيف قدر الأمر .

نعم ، من الجليات التي نظمها أن من حلف لا يطأ زوجته أربعة أشهر ، ثم جامع في الأشهر ، لزمته الكفارة بلا خلاف ، فإنه ليس بمولٍ ، والضابط في ذلك أن اليمين إذا كانت لا تُفضي إلى توجيه الطلب بالفيئة أو الطلاق ، فتعلق الحنث فيها الكفارة ، وسيلها كسبيل سائر الأيمان .

وإن^(١) تعلق باليمين خاصية الإيلاء - وكانت يميناً بالله تعالى - فالفيئة ترفع حكم الإيلاء ، فيختلف القول في وجوب الكفارة .

ومما ذكره القاضي رضي الله عنه ، وكان شيخني يحكيه عن القفال أن القولين في انتفاء الكفارة والحلف بالله تعالى يقرب مأخذهما من أن الأيمان بالطلاق والعناق والالتزامات هل تكون إيلاء أم لا ؟ فإن قلنا : المولي لا يلتزم بالفيئة الكفارة ، فلا تعويل على الالتزام ، ولا إيلاء إلا الحلف بالله تعالى .

وإن قلنا : الحالف بالله يلتزم الكفارة إذا فاء ، فلا يبعد أن يكون كل ملتزمٍ في معناه . وكان شيخنا يقول : هذا الترتيب قريب في مسلك المعنى ، ولكنه لا ينتظم على ترتيب الجديد والقديم ، وذلك أن قول الشافعي في القديم يختلف في أن المولي بالله هل يلتزم الكفارة ، ولا يختلف مذهبه في القديم أن الحالف بغير الله ليس بمولٍ ؛ فإن سلك سالك طريقة البناء ، فلا بد وأن نخرج قولاً في القديم في أن الإيلاء يختص بالحلف بالله .

فَضْلُكَ

قال : « ولا يلزمه الإيلاء حتى يصرح . . . إلى آخره »^(٢) .

٩٣٩١- اختلفت الطرق في صرائح الألفاظ في الجماع ، ونحن نذكر طريقة ضابطة جامعة ، إن شاء الله ، فنقول : انقسام الألفاظ إلى الكناية والصريح يأتي من ألفاظ

(١) ت ٢ : وما تعلق .

(٢) ر . المختصر : ٩٥ / ٤ .

القسم بالله وبصفاته ، وهذا الفن ليس من غرضنا ، وسيأتي مستقصى في أول الأيمان ، إن شاء الله عز وجل ، وغرض الفصل التعرضُ لانقسام الألفاظ إلى الصرائح والكنائيات فيما يتعلق بالجماع .

وقد ذكر الشيخ أبو علي ثلاثة أقسام تحوي^(١) جميع المقصد ، فقال : من الألفاظ عن هذا المقصد ما هو صريح ، ولا يتطرق إليه تدينٌ وأمرٌ في الباطن يخالف الظاهر .

ومنها ما يتطرق التدين إليه .

ومنها ما هو كناية في الظاهر أيضاً .

فأما ما هو صريح ظاهراً ولا يُنَوَّى^(٢) فيه أصلاً ، فمنه النيك ، فلو قال : لا أنيكك ، ثم فسر ذلك بالضم والالتزام والقبلة ، فلا يقبل ذلك منه ظاهراً وباطناً ؛ فإن التدين إنما يجري بأحد وجهين : إما أن يكون في اللفظ إشعاراً به على بُعد كصرف^(٣) (الطالق)^(٤) إلى الطلاق عن الوثاق . وإما ألا يكون اللفظ مشعراً به ، ولكن ينتظم [وصل]^(٥) اللفظ به ، مثل أن يقول : أنت طالق ، ويضمّر (إن شاء الله تعالى) ، وهذا فيه اختلاف قدمته .

فأما إذا قال : لا أنيكك ، وحمل اللفظ على القبلة ، فلا انتظام لهذا ، ولا إشعاراً به ، وكذلك لو قال : لا أدخل ذكري في فرجك ، أو لا أولج .

ولو قال للبكر : والله لا أفتضك ، فهذا صريح / ، فلو زعم أنه نوى به الضم ١٢٦ ي والالتزام ، فهل يُنَوَّى فيه باطناً ؟ فعلى وجهين ذكرهما الشيخ : أصحهما - أنه لا يدين ؛ لأن الافتضاخ لا يَحْتَمَل ما نواه بزعمه .

(١) ت ٢ : يجوز جمع .

(٢) ينوَّى فيه : أي لا يسأل عن نيته فيه ، فلا أثر لها .

(٣) ت ٢ : كضرب .

(٤) الطالق : أي في مثل قوله : « أنت طالق » ثم يزعم أنه يعني أنها طالق عن وثاق .

(٥) في الأصل : وصف اللفظ به .

وفيه وجه بعيد أنه يُتَوَيَّ ؛ فإنه ربما يستعار الافتضاظ ، في استفتاح الأمور ، والتدينُّ يُكتفى فيه بأدنى إمكانٍ في الاحتمال .

٩٣٩٢- فأما القسم الثاني ، فهو ما يكون صريحاً ظاهراً ، ويتطرق التدينُّ إليه ، وهذا ينقسم : فمنه ما يكون صريحاً قولاً واحداً ، ومنه ما اختلف القول فيه ، ^(١) فأما ما لم يختلف القول فيه ^(٢) فقد اختلف فيه جواب الأئمة بعد الاتفاق على أن الجماع صريح قولاً واحداً ، وكان شيعي لا يقطع القول إلا في الجماع ، وقال صاحب التقريب : الجماع والوطء صريحان قولاً واحداً ، وقال الشيخ أبو علي : الجماع والوطء والإصابة صرائح في ظاهر الحكم قولاً واحداً ، وهذا ما ذكر العراقيون ، والقطع في لفظ الإصابة بعيد ، وإلحاق الوطء بالجماع غير بعيد .
فهذا بيان الأجوبة فيما يتحد القول فيه .

فأما ما اختلف القول فيه ، فالمباشرة ، والملازمة ، والمماسّة ، والمباضعة ، فهذه الألفاظ - وما يصدرُ منها - فيها قولان : أحدهما - أنها صرائح كالجماع . والثاني - أنها كنايةات بخلاف الجماع ؛ فإن لفظ الجماع شائع في الاستعمال ، حتى لا يتمارى السامع في معناه . وهذه الألفاظ التي ذكرناها لا تُستعمل استعمال الجماع ، ومن لم يؤثر ذكر الجماع ، عدل إلى لفظه من هذه الألفاظ ، وهذا يوضح أنها ليست في منزلة الجماع .

قال صاحب التقريب : الألفاظ الدائرة في الشريعة التي اختلف المفسرون في معناها ، فحملها بعضهم على الجسّ ، وحملها آخرون على الجماع ، اختلف القول فيها حسب اختلاف علماء التفسير .

وهذا الذي ذكره ليس بحدٍّ عليه معول ، والأصل في الباب أن المعنى المطلوب في ذلك ^(٢) وضع اللسان فيه الكناية ؛ فإن أرباب المروءات يأنفون من الألفاظ الموضوعة

(١) ما بين القوسين ساقط من (ت ٢) .

(٢) ت ٢ : ذكر .

لهذا المعنى صريحاً ، فكان الوضع على المكاني^(١) ، ولكن ظهر بعضها وشاع ، فالتحق بالصريح الموضوع للمعنى ، ولم يظهر بعضها ولم يَشْعُ ، فتردد القول ، وسبب التردد مع أنها مكاني الاعتناء بالمكاني في الباب ، وأرى الوقاع في مرتبة الوطء وقد سبق التردد فيه .

٩٣٩٣- فأما ما يلتحق بالكنايات قولاً واحداً ، فهو كقول القائل : لأبعدن عنك ، لا يجمع رأسي ورأسك وسادة ، وألحق الأصحاب بهذا أن يقول : [لأسوأئك]^(٢) ، وهذا من أبعد الكنايات .

والقربان والغشيان فيهما تردد : من الأصحاب مَنْ ألحقها بالكنايات التي ذكرناها آخراً ، ومنهم من ألحقها بالمسّ والجسّ ، ولعل هذا أقرب ؛ فإن^(٣) لفظ القرب جرى في الكنايات على إرادة الوقاع ، قال الله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهَرْنَ ﴾ [البقرة : ٢٢٢] ويجوز أن يكون الإتيان في معنى القربان قال الله تعالى : ﴿ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ ﴾ [البقرة : ٢٢٢] . ولا يبعد أن يقال : القربان والغشيان إذا استعملا مصدرين ؛ فإنهما كالملامسة وما في درجتها مصدراً وفعلاً ، فإن قال : لا أقربك ، فيلتحق بالكنايات/ المحضة ؛ ١٢٦ ش فإن القربان يشيع استعماله في الوقاع ، والقرب يشيع في غير الوقاع من وجوه القرب المكاني ، [والفعل الصادر عن المصدرين كالقرب لا كالقربان]^(٤) .

وإذا مهدنا القواعد ، ثم شذت لفظة لم نذكرها ، لم يَخَفَ على الفقيه إلحاقها بالأقسام المضبوطة التي ذكرناها .

ثم لو نوى بالجماع غير المعنى المطلوب ، وزعم أنه أراد الاجتماع ، فما ذكره محتمل ، ولكن اللفظ شائع ، فيُنَوَّى ويدين باطناً ، ولا يقبل ما قاله ظاهراً .

(١) المكاني : أي الكنايات .

(٢) في الأصل : « لا شريك » وفي (ت ٢) : « لاسرتك » والمثبت من مختصر المزني ، وفي صفوة المذهب رسمت هكذا : « لأسونك » وهي نفس لفظة مختصر المزني . وفي الروضة مثل ما في مختصر المزني : « لأسوأئك » .

(٣) ت ٢ : فلعل لفظ القرب .

(٤) ما بين المعقفين زيادة من (ت ٢) . وعبارتها : والفصل الصادر عن المصدرين . . . والتغيير تقدير منا ، نرجو أن يكون صواباً .

وقد نجز الغرض في هذا الفن .

٩٣٩٤- ثم قال الشافعي رضي الله عنه : « لو قال والله لا أجامعك في دبرك ، فهو محسن . . . إلى آخره »^(١) .

وهذا كما قال ؛ لأنه عقد اليمين على ما هو ممنوع محرّم ، فقد وافقت اليمين موجب الشرع ، وكذلك لو قال : والله لا أجامعك في حيضك أو نفاسك ، فالذي صدر منه ليس بإيلاء ، لأنه حلف على الامتناع مما هو ممنوع شرعاً .

فَصْلُكَ

قال : « ولو قال : والله لا أقربك خمسة . . . إلى آخره »^(٢) .

٩٣٩٥- فإذا قال : « والله لا أجامعك خمسة أشهر ، ثم إذا مضت خمسة أشهر ، فوالله لا أجامعك سنة » ، فقد عقد يمينين على مدّتين مختلفتين متعاقبتين ، فتتصرّف في المدة الأولى واليمين فيها ، ونقول : إذا مضت أربعة أشهر ، توجهت الطّلبة من المرأة بحكم اليمين [الأولى]^(٣) . ثم لا يخلو الزوج إما أن يفى أو يطلق ، فإن فاء ، انحلت اليمين الأولى ، وفي لزوم الكفارة من اختلاف القول ما ذكرناه .

ثم لا يحتسب الشهر [الخامس]^(٤) ؛ فإن اليمين قد انحلت فيه ، بل نقول : إذا مضى الشهر الخامس ، فيدخل مفتتح مدّة اليمين الثانية ، فإنه كان قال : فإذا مضت خمسة أشهر ، فوالله لا أجامعك سنة ، فإذا مضت أربعة أشهر من أول مدة اليمين الثانية ، وهي تقع لا محالة بعد انقضاء الشهر الخامس ، فإذا انقضت الأربعة الأشهر بعد الخمسة ، توجهت الطّلبة مرة أخرى ، فإن فاء ، انحلت اليمين ، وفي لزوم الكفارة ما قدمناه .

(١) ر . المختصر : ٩٦/٤ .

(٢) ر . المختصر : ٩٦/٤ .

(٣) مزيدة من (ت ٢) .

(٤) سقطت من الأصل ، وزدناها من (ت ٢) .

هكذا إذا سلك طريق الفئته .

٩٣٩٦- فأما إذا وجهنا عليه الطَّلبة في اليمين الأولى وطلق ، فالقول فيه إذا راجع ، أو تركها حتى تبين ثم جدّد النكاح - يستدعي تقديم أصل مقصود ، فنقول :
إذا حلف الرجل لا يجامع امرأته وأطلق اليمين ، ولم يقيدّها بمدة ، ثم لما طوب ، طلق ، فإذا ردّها ، لم يخل : إما أن يردّها بالرجعة في العدة ، أو يردّها بالنكاح بعد البينونة ، فإن راجعها ، فيعود حكم الإيلاء بعد انقطاع الطَّلبة ، والسبب فيه أن البينونة إذا لم تقع ، فالنكاح في حكم الاتحاد والتواصل ، فإذا راجعها ، فهو على حال المولين ؛ فإن المولي من يلتزم بالوقاع بعد أربعة أشهر شيئاً ، وهو بعد الرجعة بهذه المثابة ، وللنكاح حكم الاتحاد ، فسبيله كسبيل من يحلف على الابتداء ؛ فإن دوام اليمين وتصور الحنث كابتداء اليمين .
فهذا قولنا في اطراد حكم الإيلاء .

٩٣٩٧- ثم قال الأئمة : إذا كانت اليمين مُطلّقة ، وقد طلق لما طوب بعد المدة / ، ١٢٧ ي
فإذا راجع ، فلا تتوجه عليه الطَّلبة على الفور كما^(١) راجعها ، وهذا من الجليات المتفق عليها ، ولا بد من التنبيه له ؛ فمعظم غلطات الفقهاء في الجليات .

وكان ينقدح في القياس أن يقال : كما راجعها ، عادت الطلبة ؛ لأن النكاح له حكم الاتحاد ، ولم تجر منه الفئته ، والضراً دائماً ، ولكن لما طلق ، فقد أتى بأحد ما طوب به ، فيؤثر الطلاق - بإجماع الأصحاب - بقطع حكم الطَّلبة التي توجهت بانقضاء المدة ، ثم جعل في الرجعة كأنه آلى ابتداءً ، ولقد كان من قبل مخيراً بين أمرين : الفئته والطلاق ، فخرج منه أن الفئته تحل اليمين ، وتدرأ الضرار ، ويخرج الرجل عن كونه مولى ، والطلاق بعد المطالبة يقطع الطَّلبة الحاقّة ، ولسنا نعني انسداد باب الطلب ؛ إذ لو كنا نعني ذلك ، ونكتفي به ، لعاد الطلب كما راجع ، فكان سقوط الطلب محققاً ، وكأنه وفّى بما أفضى إليه انقضاء المدة ، ثم جعلناه كالمبتدئ ؛ لأنه يلتزم بالوقاع بعد أربعة أشهر أمراً ، فصار كما لو ارتجع وحلف ، ثم أثر اتحاد النكاح

(١) كما : بمعنى عندما .

في هذا المعنى . وهذه قاعدة لا بد من الوقوف عليها .

ولو طلق لما طولب ، ثم تركها حتى بانت - واليمين مُطلقة - ثم جدد النكاح عليها ، فلا شك أن اليمين باقية في باب البرِّ والحِث ، - ولو قال رجل لأجنبية والله لا أجامعك ، ثم زنا بها ، حِث - ولكن هل نجعله مولياً حتى إذا مضت أربعة أشهر نحكم بتوجيه الطلبة عليه ؟ فعلى [قولي] ^(١) عَوْد الحِث .

فإذا حكم البر والحِث مستمر ، والقولان ^(٢) في خاصية الإيلاء من توجيه الطلبة المرددة بين الفئدة والطلاق .

هذا بيان الحكم في الأصل الذي قدمناه ، ونحن نعود بعده إلى مسألة الكتاب .

٩٣٩٨- فإذا قال : « والله لا أجامعك خمسة أشهر ؛ فإذا مضت ، فوالله لا أجامعك سنة » ، فإذا مضت أربعة أشهر من المدّة الأولى ، وتوجهت الطلبة ، فطلق ، ثم راجع ، فلا تتوجه الطلبة بحكم اليمين الأولى قط ؛ فإنه لم يبق من مدتها إلا شهرٌ . ولو كانت اليمين مُطلقة ^(٣) كنا نمهلها أربعة أشهر ، ثم نعرض الطلبة بعدها ، فقد حَبِط أثرُ الإيلاء ^(٤) في اليمين الأولى . نعم ، لو وطئ وهو غير مطالب به ، وقد بقي من الشهر الخامس بقية ^(٥) ، فيلزمه كفارة يمين .

٩٣٩٩- وهاهنا سؤال وجواب عنه : إن قيل : إذا فرّغنا على أن المولي لو فاء ، لم يلتزم الكفارة ، فإذا طلق في الصورة التي ذكرناها ، ثم راجع ولا طَلَبَةً ، فلو فاء ، هل يلتزم الكفارة ؟ الوجه عندنا أنه يلتزم ، لأنه خرج عن كونه مولياً .

ولا يبعد أن يقال : لا يلتزم الكفارة ؛ نظراً إلى ابتداء عقد اليمين ؛ فإنها لم تعقد على التزام الكفارة ^(٦) والمولي الذي لا يلتزم الكفارة ^(٧) ، بالوطء بعد المدّة [لو

(١) في النسختين : قول . والمثبت تصرف من المحقق ، ساعدنا عليه مع السياق عبارة ابن أبي عصرون .

(٢) أي مستمران أيضاً .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (ت ٢) .

(٤) في (ت ٢) : الفية .

(٥) ما بين القوسين سقط من (ت ٢) .

وطىء^(١) قبل انقضاء المدة لا يلتزم الكفارة ، وإن لم يكن مطالباً بذلك الوطء .

وهذا تلبس ؛ فإن ذلك الوطء هو الذي يطالب به بعد المدة ، ولكنه في مهل وأجل ، والدليل عليه أن الطلب ينقطع بجريانه ، فهذا مسلك الكلام .

والوجه عندنا ما قدمناه من أن الكفارة تجب/ في الشهر الخامس بعد الرجعة إذا ١٢٧ ش انقطعت طلبُ الإيلاء ؛ فإن الدافع للكفارة ما كان في اليمين من شوب^(٢) الطلاق ، وإذا زال حكم الطلاق ، فاليمين مستمرة على صيغتها وحقيقتها .

ثم إذا مضى الشهر الخامس ، ودخل أمد اليمين الثانية ، فتحسب أربعة أشهر من أول الشهر السادس ، ثم توجه الطلبة ، فإن طلق ، انقطع الطلب ، فإن راجع ، نُظر كم بقي من السنة ؟ فإن كان تبقى من السنة أربعة أشهر أو أقل ، فلا إيلاء ، فإن المدة الباقية ليست زائدة على الأربعة الأشهر ؛ فلا يفرض الإيلاء فيها ، ولكن لو وطىء حنث في يمينه ؛ إذ لو وطئها في البينونة ، لَحَنَتْ ، فليتنبه الناظر لانقطاع حكم الإيلاء وبقاء اليمين في البر والحنث .

ولو كان الباقي من السنة بعد الخمسة الأشهر أكثر من أربعة أشهر ، فالإيلاء يعود ، على معنى أنه إذا انقضت أربعة أشهر بعد الرجعة ، توجهت الطلبة ، ثم لا يخفى حكم الطلب وما يتعلق به .

وكل ذلك والطلاق رجعي ، وقد ردها بالرجعة .

٩٤٠٠- فأما إذا تركها حتى بانت ، ثم جدد النكاح [فحيث]^(٣) لا يعود الإيلاء بالرجعة لقصر المدة لا يعود الإيلاء بعد النكاح .

وحيث يعود الإيلاء بعد الرجعة ، فهل يعود بعد النكاح ؟ فعلى قولي عود الحنث ، وقد ذكرنا في تعليق الطلاق وعود الحنث أقوالاً ، ورأينا أنه إذا علق الطلاق ، ثم نَجَزَ ثلاث طلاقات ، ثم نكح بعد التحلل ، فالأصح أن الحنث لا يعود ، فإنه نَجَزَ ما علق ؛

(١) في الأصل : ولو وطىء .

(٢) ت ٢ : شرب .

(٣) في النسختين : فحيث .

فاقتضى ذلك انحلال اليمين . وفيه قول آخر ، ذكرناه ووجهناه بالممكن .

فإن قيل : كما فصلتم بين البيئونة من غير استيفاء العدد وبين استيفاء العدد في عود الحنث في باب تعليق الطلاق ، فهل تفصلون في عود حكم الإيلاء بين أن يتخلل استيفاء العدد وبين ألا يتخلل ؟ قلنا : ينقذ الفصل هاهنا أيضاً ؛ فإن من ألى فحكم الإيلاء توجيه الطلبة عليه بطلاق يملكه ، فإذا استوفى الطلقات ، فقد زال ملكه ، فيظهر زوال المطالبة .

ويجوز أن يقال : لا يظهر الفرق ؛ لأن المقصود بالطلب الفيئة ، لا الطلاق ، ووجه طلب الطلاق كونه مخلصاً من الضرر والفيئة توفية للحق .
وإذا نبهنا على تقابل الإمكان اهتدى من تهدى .

٩٤٠١- ومما نذكره متصلاً بعود الحنث^(١) أن الرجل إذا قال لأجنبية : والله

(١) هنا خلل في نسخة (ت ٢) حيث سقط منها أربعة فصول كاملة ، ومن أعجب العجب أن صفوة المذهب تابعتها على هذا الخلل . فكيف جاز على إمام جليل مثل ابن أبي عصرون ؟ والذي يؤكد هذا الخلل ويجعله يقيناً ما يأتي :

١- أن نسخة الأصل (ت ٦) تتبع ترتيب مختصر المزني الذي التزم إمام الحرمين الجري على ترتيبه ، على حين قفزت نسخة (ت ٢) تاركة أربعة فصول ، ثم عادت فأحمتها في غير موضعها .
٢- أن نسخة (ت ٢) فيها علامة لحق واضحة جداً عند بدء هذا الخلل ، وربما يكون هذا من عمل أحد المطالعين للنسخة ، فلو كان من الناسخ عند معارضتها ، لأضاف هذا اللحق على الهوامش كما رأيناه في نسخ أخرى ، وكما هو دأب النساخ .

٣- إن أدنى تأمل في المسألة التي وقع فيها الخلل بانتقال (ت ٢) إليها ، نجد الموضوع مختلفاً تماماً ، حيث الحديث عن عتق عبدٍ عن ظهارٍ وما يترتب على ذلك . . . وهذا لم يسبق له ذكر ، ولا علاقة له بموضوع الفصل ، وإنما هو من الفصل الذي قفزت إليه نسخة (ت ٢) .
ثم يبقى السؤال : على فرض أن الإمام الجليل ابن أبي عصرون كان ينظر في نسخة (ت ٢) التي بها هذا الخلل ، وكان يعمل مختصره منها ، كيف لم ينتبه لهذا الخلل في السياق ؟ ولم ينبه عليه ؟

والأعجب من ذلك كيف تابع النسخة على هذا الخلل حينما عادت وأقحمت هذه الفصول التي تركتها مرة ثانية ؟ ؟

هذه أسئلة . . . ولا جواب . والله وحده الملمم للصواب جل وعلا .

لا أجامعك ، ثم نكحها ، فالحنث والبرّ يجريان لا محالة ، ولكن لا يثبت حكم الإيلاء ، فإن اليمين ما جرت في النكاح ، والمطالبة بالطلاق من أحكام النكاح ؛ فيستحيل أن يثبت اقتضاء الطلاق بيمينٍ سابقة على النكاح ، وكذلك لو قال : إن نكحتك ، فوالله لا أصيبك ، فلا يثبت الإيلاء ، ولا أثر للإضافة إلى النكاح .

٩٤٠٢- وكل ما ذكرناه فيه إذا ذكر يمينين مشتملتين على مدّتين متعاقبتين ، فلو قال : والله لا أصيبك خمسة أشهر والله لا أصيبك سنة ، فإذا مضت أربعة أشهر ، وتوجهت الطّلبة ، ففاء^(١) ، انحلت اليمينان .

فإذا فرّعنا على إيجاب الكفارة ، أوجبنا كفارتين أو كفارة واحدة ؟ فعلى وجهين / ١٢٨ ي
يجريان في كل يمينين ينحلّان بفعل واحد .

وإذا قال الرجل : والله لا آكل الخبز ، والله لا آكل طعام زيد ، ثم أكل الخبز من مال زيد ، وانحلت اليمينان ، ففي تعدد الكفارة وجهان : أحدهما - التعدّد^(٢) ؛ فإن الحنث متعدّد ، وهو المحلّل^(٣) لا صورة الفعل ، ولو قلنا : الفعل في [حقيقته متعدّد]^(٤) ، لم يكن بعيداً ؛ فإنه أكل رغيفاً ، وأكل مالَ زيد .

ولو توجهت الطلبة ، فطلق ، ثم راجع ، فكما^(٥) راجع ابتدأنا في احتساب الأربعة الأشهر ، ولا نصّبر إلى انقضاء الشهر الخامس ؛ فإنه في اليمين الثانية عقد على سنةٍ يندرج تحتها الخمسة الأشهر التي حلف عليها أولاً ، فإذا راجع ، فهو في بقية اليمين الثانية .

والمسألة مفروضة فيه إذا بقيت من السنة أكثر من أربعة أشهر ، لما تقدم تمهيده .
ولا معنى بعد هذا لتكثير الصور ، والذي تجدد في المسألة الثانية دخول خمسة

(١) ت ٢ : فقد .

(٢) ت ٢ : العدد .

(٣) ت ٢ : الحال .

(٤) في الأصل ، وفي (ت ٢) : في حقيقة التعدد ، والمثبت من صفوة المذهب : جزء : ٥ ورقة ٦٨ يمين .

(٥) فكما : بمعنى عندما .

أشهر تحت يمينين^(١) ، وفرضُ انحلالهما جميعاً بالوطء في الخمسة أشهر .

وإن انقضت من غير وطء ، تجردت^(٢) يمين واحدة ، ولا يكاد يخفى هذا ، ولسنا نترك^(٣) الصور في أمثال ذلك إلا بعد النظر فيها ، والعلم بأنها لاتخفى على متأمل .

٩٤٠٣- ولو قال : والله لا أجامعك أربعة أشهر ، فإذا مضت ، فوالله لا أجامعك أربعة أشهر ، فقد قدمنا أنه لا يكون مولياً ، وذكرنا فيه الوجه الغريب ، ولم نعدّه من المذهب ، وقد شبه المحققون هذا بما لو اشترى الرجل بصفقات ألف وسقي في العرايا ، وكل صفقة تشتمل على أربعة أوسق ، فلا امتناع في ذلك ، وإن كنا نمنع اشتمال صفقة واحدة على ستة أوسق ، فإن كان صاحب الوجه الغريب يسلم هذا ، ولا يشتب^(٤) فيه بتخريج ، فهو لازم ، وإن طرد فيه التخريج ، لم نملك إلا الاستبعاد^(٥) .

وقد يظهر فرق بين البابين ؛ من جهة أن رعاية الضرر ظاهرة في الإيلاء ، وهذا يعم الجبالات ؛ فإن ندرت صورة ، فالإيذاء باللسان وإظهار الزهد بين ، وقد يشب الإيلاء من الم محبوب لما في لسانه من الإيذاء ، وأما أمر الحاجة ، فلا يكاد يظهر في بيع العرايا ، ولهذا نصح العرية من الغني صاحب البساتين ، فتخيّل الحاجة في العرية كتخيّل الحاجة في الإجارة ؛ فينفصل من هذا الوجه الباب عن الباب ، وإذا تبين اعتبار الضرر ، فالإضرار كائن في الأيمان المتوالية على وجه كونها في اليمين الواحدة .

ولا خلاف أنه لو قال : لا أجامعك أربعة أشهر ، ثم مكث حتى انقضت ، فقال مبتدئاً : والله لا أجامعك أربعة أشهر ، فلا يكون مولياً ، والوجه الضعيف إنما يُخرج إذا صدرت منه الأيمان ، وظهر منه قصد إطالة مدة الامتناع بالأيمان ، وليس من الحزم التفريع على الوجوه البعيدة .

(١) ت ٢ : اليمين .

(٢) ت ٢ : تجددت .

(٣) ت ٢ : نرى .

(٤) ت ٢ : يتسب .

(٥) ت ٢ : لم يملك الاستبعاد .

فَضْلُكَ

قال : « ولو قال : إن قربتك ، فله علي صوم هذا الشهر . . . إلى آخره »^(١) .

٩٤٠٤- إذا قال لامرأته : إن قربتك ، فعلي صوم شهر ، فالذي جاء به يمين عُلق -

والتفريع على الجديد في أن الإيلاء لا يختص باليمين بالله [- ثم التفريع / لا محالة - ١٢٨ ش على أن الحاث]^(٢) ملتزم ، وإذا حث في يمين اللجاج والغضب ، ففيما يلزمه ثلاثة أقوال : أحدها - أنه يلزمه الوفاء بما التزم .

والثاني - أنه يلزمه كفارة اليمين .

والثالث - أنه يتخير بين كفارة اليمين وبين الوفاء .

وقد نص الشافعي على هذا القول في هذه المسألة من هذا الكتاب ، ولم يُلَفَّ هذا النص للشافعي إلا هاهنا .

وتوجيه الأقوال فيما يلتزمه الحاث من يمين اللجاج ، والتفريع عليها يأتي في كتاب النذور .

وقدّر غرضنا منها أنه إذا قال : إن أصبتك ، فله علي صوم شهر ، فهو مولٍ ؛ فإنه يلتزم بالجماع بعد أربعة أشهر أمراً .

وإذا قال : إن أصبتك ، فله علي صوم هذا الشهر ، فهو ليس بمولٍ ؛ من جهة أن هذا الشهر إذا انقضى ، انحلت اليمين ؛ إذ لو وطئ ، فلا يتصور التزام الصوم على قول الوفاء ؛ فإن الصوم إذا أضيف إلى أيام ، اختصّ بها ، ومن التزم بالنذر صوم يوم ، تعيّن اليوم الذي عينه - على الرأي الظاهر - فإذا انقضى الشهر ، فالوفاء غير ممكن ، وإذا لم يجب الوفاء على قول الوفاء ، لم تجب الكفارة .

فإن قيل : الكفارة إنما تجري حيث يتصور الالتزام نذراً ، فإذا تبين أن الحث

(١) ر . المختصر : ٩٧/٤ .

(٢) عبارة الأصل جاءت مضطربة هكذا : « ثم التفريع على الجديد في أن الإيلاء لا محالة على أن الحاث ملتزم . . . إلخ » .

لا يتصور بعد الشهر الأول ، فليس الرجل [مولياً ؛ فإن المولي] ^(١) من يلتزم بالجماع بعد أربعة أشهر أمراً ، وقد أوضحنا أن الجماع لو فرض بعد الشهر الأول ، لم يجب شيء ، ولا نظر إلى إطلاق الامتناع عن الوطء عموماً ، بل يجب مراعاة تقدير الالتزام بالوطء بعد أربعة أشهر ، وهذا المعنى مفقود في هذه المسألة .

قال الشافعي رضي الله عنه : « إذا قال : إن أصبتك ، فله علي صوم هذا الشهر ، فليس بمولٍ ، كما لو قال : إن أصبتك فله علي صوم أمس » ، وغرضه في الشبه بين واضح ، وإن كان مطلقه محوجاً إلى التأويل ؛ فإن قول القائل : إن وطئتك ، فله علي صوم أمس ، فهذا لغو لا انعقاد له في وجهه .

وإذا قال : إن وطئتك ، فله علي صوم هذا الشهر ، فاليمين منعقدة على الجملة ^(٢) ؛ فإنه لو وطئ في ذلك الشهر ، كان حائثاً ، ملتزماً أمراً على الأقوال الثلاثة .

وإذا قال : فعلي صوم أمس ، فهذا لغو لا يتعلق به التزام أصلاً ، وإنما شبه الشافعي رضي الله عنه هذه المسألة بالتزام صوم أمس ؛ من حيث إنه لا يكون مولياً في المسألتين جميعاً ، فلا أثر لليمين بعد الأربعة الأشهر ، فهذا وجه تشبيهه ، وغرض الكلام في إثبات الإيلاء ونفيه .

فصل في

قال : « ولو قال : إن قربتك ، فأنت طالق ثلاثاً . . . إلى آخره » ^(٣) .

٩٤٠٥- الشافعي رضي الله عنه أدار معظم مسائل الإيلاء على الألفاظ التي هي كناية في الجماع ، كقوله : « إن قربتك » . الأصح أن هذا كناية ، وإنما فعل الشافعي هذا لأنه مهّد القول في الصريح والكناية ، ثم اللائق بحفظ المروءة الكناية في هذه المعاني ، فلم يؤثر ذكر الصريح ، وعلم أن ذلك يستبان من غرضه .

(١) زيادة من (٢) .

(٢) ت ٢ : على الكلمة .

(٣) ر . المختصر : ٩٧/٤ .

فإذا قال الرجل لامرأته : إن جامعتك ، فأنت طالق ، فهو مولى ؛ لأنه لو جامع بعد أربعة أشهر / التزم بالجماع الطلاق ، والمعنيُّ بالالتزام وقوعه ، وفواتُ حق النكاح به - ١٢٩ ي والتفريع على الجديد - فإذا ثبت أنه مولى ، فإذا مضت أربعة أشهر ، توجهت الطَّلَبَةُ .

ثم لا يخلو إما أن يؤثر الفيئة ، وإما أن يؤثر الطلاق ، فإن فاء ، فكما^(١) غيب الحشفة ، طُلقت ثلاثاً ؛ فإن اسم الوطء وحكمه يتحققان بتغيب الحشفة ، ثم إن غيب وكما غيب نزع من غير مُكث ، لم يلزمه حدٌّ ولا مهر ، فإن التغيب وقع في ملكه ، ثم لم يعرَّج^(٢) على أمرٍ إلا على الترك ، وتركُ الشيء والانكفاف^(٣) عنه ليس في معنى الإقدام عليه ؛ ولهذا قلنا : من أدرك أول الفجر ، فقرن به النزع^(٤) - وكان مخالطاً أهله - صح صومه .

٩٤٠٦ - وإن^(٥) استدأ ومكث ، أو أوعب ولم ينزع^(٦) ، فإن كانت جاهلة ، فقد سكت الشافعي عن وجوب المهر ، ونص في الصوم على أن من كان مخالطاً أهله ، فطلع الفجر ، فمكث ولم ينزع ، قال : يلزمه الكفارة .

فمن أصحابنا من قال : في المسألتين قولان بنقل الجوابين : أحدهما - يجب المهر والكفارة ؛ لأنه بالمكث والاستدأمة مجامع ، والاستدأمة استمتاعٌ حقه أن يُتَقَوَّم ، وهو مناقض للصوم أيضاً ، فلا وجه لاعتبار^(٧) الابتداء مع العلم بأن صورة الفعل وجنسه هو المعنيُّ بالنهي^(٨) .

والثاني - لا يلزمه المهر ولا الكفارة ؛ لأنهما لم يتعلقا بأول الفعل والفعل متحد ، فلا يتعلقان بدوامه .

(١) فكما : أي عندما .

(٢) ت ٢ : يغرم .

(٣) ت ٢ : وترك الاستيلاء ناف عنه .

(٤) ت ٢ : فقرن به الشرع وليس مخالفاً أهله .

(٥) عَوِّذُ إِلَى تصوير حالة المولي ، وليس الصائم .

(٦) ت ٢ : أو ادعت ولم يفرغ .

(٧) ت ٢ : لاعتناؤه والابتداء .

(٨) ت ٢ : باليمن .

ومن أصحابنا من لم يوجب المهر ، وأوجب الكفارة في محلها ، وفرّق بأن قال : إذا قال : إن وطئتكَ ، فأنت طالق ثلاثاً ، ثم وطئها ، فأول الوطء يتعلق به مهر النكاح ؛ فإن المهر المسمى في النكاح يقابل كل وَطْئِهِ ، ولا بد من هذا التقدير حتى لا تعرّئ وطأة عن مقابل ، وإذا كان كذلك ، امتنع وجوب المهر ؛ [لاستدامة]^(١) الوطء ، فإننا لو قلنا بذلك ، لعلّقنا^(٢) بأول الوطء مهرَ النكاح ، ثم علقنا بدوامه مهراً مجدّداً ، ولا سبيل إلى ذلك .

وأما الكفارة ؛ فإنها لم تتعلق بأول الوطء الواقع في الليل ، فإذا علقنا الكفارة بدوامه ، لم يكن جامعاً بين كفارتين بوطء واحد .

ثم إن لم نوجب مهراً بالاستدامة عند فرض الجهل ، فلو علم تحريم الاستدامة ، فالأصح أن الحد لا يجب ؛ لأن أول الفعل واقع في الملك .

ومن أصحابنا من ذكر وجهاً ضعيفاً في وجوب الحد ، وهو مزيف لا تعويل عليه .

٩٤٠٧- ولو غيب الحشفة ، وحكمنا بوقوع الثلاث ، ثم إنه نزع وأعاد فالذي قطع به الأصحاب أن هذا ابتداء وطء ، فإن كان مع الجهالة ، لزم المهر ، وإن كان مع العلم ، تعلّق الحدّ به ؛ فإنه ابتداء فعل وإنشاء وطء .

قال شيخنا أبو محمد رضي الله عنه : إذا نزع ثم أعاد ، فهو وطء مبتدأ لا محالة ، وإن نزع ثم أعاد في^(٣) أزمنة متواصلة قبل قضاء [الوطء]^(٤) ، فقد يقع مثله في الوطأة الواحدة في ترديدات [الرهز]^(٥) ، فهل يجب مهر بما فعل ؟ فعلى وجهين مرتبين على

(١) في الأصل : لاستقامة .

(٢) ت ٢ : أخلفنا .

(٣) ت ٢ : ثم أعاد مراراً منه متواصلة .

(٤) في الأصل : قبل قضاء الوطء .

(٥) في الأصل : كلمة غير مقروءة ، وفي (ت ٢) : « الدهر » ، ولعلّها : مصحفة عن كلمة بمعنى الوقاع ، وإلا فما معنى ترديدات الدهر ؟

بعد أن كتبنا هذا بسنوات ، وعندها كان الكتاب ماثلاً للطبع وفي محاولة أخيرة للبحث عن معاني صور الكلمة في مختلف احتمالاتها ، وجدتُ كلمة (الرعز) : رعز الجارية : جامعها . وذلك في القاموس المحيط (فقط) فدفعنا ذلك إلى مزيد من البحث في معاجم المعاني وغيرها =

الوجهين في [الاستدامة]^(١) ، ولا شك أن هذه الصورة أولى بلزوم المهر . ولم أر هذا إلا لشيخنا ، وباقي^(٢) الأصحاب قاطعون بأن الإيلاج بعد النزاع / وطء مبتدأ في ١٢٩ ش [كل]^(٣) حكم .

والممكن في توجيه ما ذكره ما أجريناه في التصوير ، حيث قلنا : هذا يعدّ وطأة واحدة ، ويمكن أن يشبه باتحاد الرضعة ، والصبي قد يلتقم الثدي ثم يلفظه ويلهو ثم يعود يلتقم ، والكل رضعة ، ولا تعويل على هذا الوجه ، مع ما ذكرناه .

وحيث ذكرنا المهر ، فلا شك أنه مفروض في جهلها ، ولا أثر لعلمه في إسقاط المهر ، ومن استكره امرأة وزنى بها ، التزم الحد بزناه ، والمهر لكونها محترمة .

٩٤٠٨- ومما يتعلق بتمام القول في ذلك أن من علق الطلاق الثلاث بالوطء - كما صورنا - فهل يحل له الإقدام على الوطء على أن يغيب الحشفة وينزع ؟ قال العراقيون : يحل له الإقدام ؛ فإنه إلى حصول التغييب متصرف في محل حقه وحله ، وإذا ابتدأ النزاع متصلاً بحصول التغييب ، فهذا تارك ، ولا معصية على تارك لفعله متردد بين الوقوع في محل الملك وبين الترك .

وحكوا عن ابن خيران أنه قال : لا يحل له تغييب الحشفة ؛ فإنه لا يقدر على وصل

= فوجدنا صاحب تحفة العروس ونزهة النفوس (الأديب محمد بن أحمد التجاني وهو من علماء القرن الثامن الهجري) عقد باباً بعنوان (الرهز في الجماع) بمعنى الحركات التي تصدر عن المتناكحين ، ثم وجدنا هذه اللفظة (الرهز) في اللسان ، والأساس ، ولم نجدها في القاموس فاستدركها عليه الزبيدي . والرهز هي الصورة الأقرب إلى ما في المخطوط من الرعز ، فأثبتناها . وقد جاءت الكلمة بمعنى الوقاع فعلاً كما قدرنا . والحمد لله .

(١) في الأصل : الاستدراك .
(٢) حكى الرافعي غير هذا عن الأصحاب ، فقال : « ... إن كانا عالمين بالتحريم ، فوجهان : أحدهما - أنه يجب الحد ، لأنه وطء مستأنف ، خالٍ عن الشبهة ، وعلى هذا فلا مهر ولا نسب ولا عدة .

والثاني - المنع (أي من الحد) لأن الناس يعدّون الإيلاجات المتتابعة وطأة واحدة ، ... ويحكى هذا الوجه عن أبي الطيب بن سلمة ، ورجحه الشيخ أبو حامد ومن تابعه . والأول أقوى ، وهو اختيار القفال ، والقاضيين الطبري والرويانى » (ر . الشرح الكبير : ٢٠٧ / ٩) .

(٣) في الأصل : في حد حكم .

أول النزاع بآخر التغيب ، حتى لا يقع بينهما فصل ، فإذا كان يعلم على الجملة خروج هذا عن الإمكان ، فلا يجوز الإقدام .

والأولون يبنون الأمر على أن يصل النزاع بالتغيب ، فالفقه صحيح في وضعه ، ثم ما أطلقه من الوصل والفصل لا يتحدد بالزمان الذي لا يُحَس ، وإنما تتعلق التكاليف نفيًا وإثباتًا بما يدخل في الحس ويفرضُ دركه .

٩٤٠٩- هذا كله تفصيل الأحكام المتعلقة بالوطء إذا كان قال : إن وطئتُك ، فأنت طالق ثلاثاً ، ثم حكم الطلب فيه أن الأربعة الأشهر إذا انقضت ورفعته الزوجة إلى القاضي ، فإن وطئ ، سقطت الطلبة والحكم ما ذكرناه ، وإن طلق [طلقة]^(١) رجعية ، انقضت الطلبة ، ثم إن راجعها ، فاليمين قائمة ، فنضرب مدة أخرى ، فإذا انقضت ، توجهت عليه الطلبة ، فإن طلق ، ثم راجع ، ضربنا عليه مدة أخرى ، ثم تعود الطلبة ، فإذا أن يطلق فتحرم عليه ، حتى تنكح غيره ، وإما أن يطاء ، فتقع الطلقة الثالثة ، فلا محيص عن الطلاق ما أصرت على الطلب إلا أن يطلقها طلقة ، ويتركها حتى تنسرح بانقضاء العدة ، فإذا جدد عليها نكاحاً ، وقع التفريع في عود الحنث ، فقد نقول : لا تعود الطلبة ، ولو وطئها في النكاح الثاني ، لم تُطلق ؛ تفريعاً على أن الحنث لا يعود ، فهذا هو المُخلص لا غير .

٩٤١٠- وإن قال ابتداء : إن وطئتُك ، فأنت طالق ، فعلق طلقة واحدة وما كان دخل بها ، فهو مولى ، فإذا مضت أربعة أشهر ، فإن فاء ، انحلت اليمين ، ووقعت طلقة رجعية ؛ فإن الميسس ، وإن لم يكن متقدماً على هذه الحالة ، فالطلاق غير متقدم على الميسس ، وقد أشرنا فيما تقدم إلى مسلكين في أن الطلاق المعلق بالصفة يقع مترتباً على الصفة أو مقترناً بها ، وأوضحنا أن أقوال الأصحاب في المسائل دالة ي ١٣٠ على ترتب الطلاق على الصفة ، ولو رُدُّنا إلى الأخذ بصيغة اللفظ ، لم يبعد/ أن نقول : يقع الطلاق مع الصفة ، وهذا مما سبق تمهيده ، والغرض من إعادته الآن أنا إن جرينا على موجب الشواهد ، فالطلاق يترتب على الوطاء ، والتغيب يقع في

النكاح ، فيكون الطلاق بعد الوطء ، لهذا معنى الترتب ، وإن لطف الزمان ، فيظهر الحكم بكون الطلاق رجعيًا^(١) .

وإن ذهب ذاهب إلى أن الطلاق يقع مع الصفة ، فالعدة تجب مع التغييب ، والوطء يقيّد^(٢) النكاح عن البيونة ، فيقع الطلاق على تقدير الاقتران مع المقيّد ومع العدة ، واتصال العدة على هذا الترتيب بالنكاح ، وهذا واضح لا خفاء به^(٣) .

٩٤١١- وليس يخفى الترتيب فيه إذا لم يؤثر الوطء لما طولب ، واختار الطلاق . وقد تقدم في ذلك ما فيه مقنع ، وقد تطلّق ثلاثاً بتكرار المطالبات عند تخلّل الرجعات والردّات ، وهذا خلاف الرأي ؛ فإنه كان لا يقع بالوطء إلا طلقة واحدة مع انحلال اليمين بها .

ويلتزم بالامتناع عنها ثلاث طلقات ، وهذا لرغبته عن الوطء .

(١) يظهر الحكم بكون الطلاق رجعيًا ، لأنه يقع بعد الوطء ، فتصير الزوجة مدخولاً بها ، فالطّقة التي تقع عليها تقع رجعية ، ولا تقع بائنة لخروجها عن صفة غير المدخول بها إلى صفة المدخول بها بسبب الوطء الذي ترتب عليه الطلاق .

(٢) يقيّد النكاح : أي يقرره ويشته .

(٣) معنى هذا الكلام أن الطلاق يقع رجعيًا ، مع قولنا : إن الطلاق يقع مع الصفة مقترناً بها ، وليس مترتباً عليها ؛ ذلك أن العدة تجب عليها مع تغييب الحشفة ، وبوجوب العدة تكون مدخولاً بها ، وطلاق المدخول بها يكون رجعيًا .

وقد لخص الشيخ العز بن عبد السلام هذا الفرع بقوله : « إذا قال لغير الممسوسة : إن وطئتك فأنت طالق ، ثم وطئ بعد التعليق ، انحلت اليمين بطلقة رجعية ، وإن قلنا إن الطلاق يقع مع الصفة أو يترتب عليها » (ر . الغاية في اختصار النهاية : جزء : ٣ ورقة : ١٧٢ يمين) .

أما الرافعي فقد قال : « هذا فرع ذكره الإمام - رحمه الله - في هذا الموضع ، ووافقته صاحب الكتاب ، (يعني الغزالي) وحظ الإيلاء منه أن يكون مولياً بهذا التعليق ، فأما أن الطلاق يقع رجعيًا فلا اختصاص له بالباب ، وإنما كان رجعيًا لأن الطلاق المعلق بالصفة إن وقع مترتباً عليها ، متأخراً عنها ، فهذا طلاق وقع بعد المسيس ، فيكون رجعيًا ، وإن وقع مقارناً لها ، ... فالوطء الجاري هنا يقتضي العدة ؛ فيكون الطلاق مع العدة ، وذلك يقتضي ثبوت الرجعة » ١ هـ . (ر . الشرح الكبير : ٢٠٧/٩) .

٩٤١٢- ثم قال : « لو قال : أنت عليّ حرام . . . إلى آخره »^(١) .

هذا مما ذكرناه في كتاب الطلاق ونعيد طرفاً منه لما يتعلق بغرض الكتاب ، فإذا قال : أنت عليّ حرام ، ونوى الطلاق ، كان طلاقاً ، وإن نوى الظهار ، كان ظهاراً ، وإن نوى تحريمها في نفسها ، التزم كفارة اليمين ، ولو نوى عقد يمين في الامتناع عن وطئها ، فظاهر المذهب أنه لا يكون حالفاً مولياً ، وفي المسألة وجهٌ بعيد أنه يصير مولياً .

وهو نأى عن التحقيق ؛ فإنه لو قال لإحدى امرأته : والله لا أجامعك ، ثم قال للأخرى : أنت شريكُها ، ونوى أن يصير مولياً عن الثانية كما أنه مولٍ عن الأولى ، لم يصير مولياً عنها ؛ لأنه لم يأت في حقها بلفظ اليمين ، وذكر الاسم المقسّم به ، وهذا متفق عليه ؛ فإذا قال : أنت عليّ حرام ، ونوى القسّم بعد الحكم بتحصيله كما ذكرنا . ومن أصحابنا من جعله مقسماً ، بخلاف ما لو قال : أشركتك مع التي آليتُ عنها ؛ فإن التحريم مذكور في كتاب الله تعالى مع الاقتران بكفارة اليمين ، فهو قريب من اليمين وإن لم يَكُنْها ، فكان هذا تقريباً في وضع الشرع ، ولا تعويل على ذلك ولا اعتداد به .

والمذهب أنه لا يصير مولياً بقوله : حرمتك ، وأنت عليّ حرام . وإن نوى الإيلاء .

فصل في

قال : « ولو قال : إن قَرِبتُك ، فغلامي حر عن ظهاري إن تظاهرت ، لم يكن مولياً . . . إلى آخره »^(٢) .

٩٤١٣- قد ذكرنا أن مسائل الكتاب نفرعها على القول الجديد ، فنقول : المولي من التزم بالوطء بعد الأربعة الأشهر أمراً ، وحرّزنا المذهب فيه بما يضبطه ، وقد ذكر الشافعي رضي الله عنه فصلاً متواليةً في تعليق العتق المصروف إلى الظهار المنجز أو

(١) ر . المختصر : ٩٧/٤ .

(٢) ر . المختصر : ٩٨/٤ .

الظهار المعلق ، ونحن نقدم على الفصول أصلاً ، فنقول :

إذا كان الرجل قد ظاهر عن امرأته ، ثم قال لأخرى : إن وطئتكَ ، فعبدني هذا حر عن ظهاري ، فهو مولٍ عن هذه/ ؛ فإنه^(١) لو وطئ ، وقع العتق لا محالة ، فهو ملتزم ١٣٠ ش بالوطء بعد أربعة أشهر حصول العتاقة في العبد الذي عينه ، ولولا هذا التعليق ، لكان العتق لا يحصل فيه ، ولا نظر الآن في أن العتق هل يقع عن كفارة الظهار أم لا ؟ فإن المقدار المكتفى به وقوع العتق بعين هذا العبد ، وهو متعلق بالوطء المقدر بعد الأشهر ، ولئن كان العتق منصرفاً إلى الظهار ، فوقعه في هذا العبد بعينه من آثار اليمين .

ولو قال : إن جامعتك ، فله عليّ أن أعتق عبدي عن ظهاري ، وكان الظهار كائناً واقعاً بإحدى امرأتيه ، فالقول في ذلك يستند إلى تمهيد أصل ، فنقول : إذا عين رجل يوماً لصوم مندور في ابتداء الالتزام ، فقال : لله عليّ أن أصوم اليوم الفلاني ، فالصوم يلزمه ، والمذهب أنه يتعين له اليوم الذي عينه .

ولو قال : لله عليّ أن أتصدق بهذه الدراهم ، لزمه الوفاء بنذره ، إذا صححنا النذر - وكذلك إذا قال : لله عليّ أن أعتق هذا العبد - وصححنا النذر - فعليه الوفاء بتعيين ذلك العبد في الإعتاق . هذا إذا اقترن الالتزام والتعيين .

فأما إذا سبق لزوم في الذمة غير مرتبط بتعيين ، ثم صرفه بالالتزام مبتدئاً إلى معين ، فقال من عليه صومٌ من قضاء ، أو نذر ، أو كفارة : لله عليّ أن أوقع الصوم المفروض في يوم عيّنه ، فلا يلزمه الوفاء بهذا التعيين ، باتفاق الأصحاب ، وكذلك لو التزم صرف دراهم عيّنها إلى زكاته ، أو إلى نذر سابق مستقر في ذمته ، فلا يلزمه التعيين ، فليس كما لو اقترن التعيين بالالتزام ؛ فإن التعيين يقع [لازماً]^(٢) ، فلا يبعد أن يثبت ، [وينضم]^(٣) إلى ذلك أن لفظه يتضمن حصر اللزوم فيما عينه ونفيّه^(٤) عما عداه ، فلو

(١) ت ٢ : فهو مولٍ عن هذه مظاهر عن هذه .

(٢) في الأصل ، كما في (ت ٢) : شائعاً . والمثبت من صفوة المذهب .

(٣) ت ٢ : أو يتضمن إلى ذلك ، وفي الأصل : أن ينضم إلى ذلك ، والمثبت تصرف وتقدير من المحقق .

(٤) ونفيّه : معطوف على (حصر) .

حكماً بأنه^(١) لا يتعلق بما عينه ، لاقتضى هذا أن نلزمه ما لم يلتزمه ، وهذا محال ، وإحباط لفظه لا سبيل إليه وفقاً .

ويرد على ذلك أنه لو عين مع التزام الصلاة وقتاً لها أو مكاناً ، فالصلاة تلزمه ، ولا يتعين الزمان والمكان . وهذا من مشكلات المذهب في قاعدة النذر ؛ لما نهت عليه من أن لفظه لا يتضمن التزاماً مطلقاً ، فإن لم يصح التخصيص ، فالوجه^(٢) إبطال لفظه .

وعن هذا أخرج بعض الأصحاب قولاً في أن اليوم لا يتعين للصوم المنذور ، وإن اقترن تعيينه بالالتزام ، وسيأتي هذا في كتاب النذور ، إن شاء الله تعالى .

وإذا انتهينا إلى غائلة كتاب نحتاج في حلها إلى تمهيد أصل في ذلك الكتاب ، فلا مطمع في الخوض^(٣) ، وليكتف الناظر بالإحالة عليه .

هذا في تعيين مال بعد الوجوب أو تعيين يوم بعد لزوم الصوم .

٩٤١٤- فأما إذا قال : لله علي أن أعتق هذا العبد عن العتق اللازم في ذمتي عن نذر

أو كفارة ، فالذي يقتضيه النص وعليه الأصحاب أنه إذا نذر ذلك ، لزمه الوفاء بنذره ،

ي ١٣١ حيث يصح النذر ، وفرقوا بين هذا وبين تعيين اليوم/ بعد لزوم الصوم بأن قالوا :

لا حقَّ لليوم في الصوم ، وكذلك القول فيما تعين من المال ، وللعبد حق في العتاقة ،

ولهذا يدعي العتق على مولاه ، ويحلف يمين الرد إذا نكل المولى عن اليمين ، ففي

هذا حق بين للعبد وغرض ظاهر ، فيجوز أن يلتزم صرف الواجب السابق إليه .

وهذا مشكل ؛ فإن الملتزم بالنذر^(٤) قريبات بأنفسها ، أما تحصيل أغراض ،

(١) عبارة ٢ : « فإن حكماً لا يتعلق بما عينه ، لاقتضى هذا أن لا يلزمه ما لم يلتزم » وفيها أكثر من تصحيف .

(٢) فالوجه إبطال لفظه : المعنى هنا أنه إذا لم يصح التخصيص ، فقد بطل لفظه ، فلما اختار الأصحاب ذلك ، عبر بقوله : فالوجه إبطال لفظه ، وهذا هو صورة الإشكال .

(٣) في الخوض : أي في كتاب النذور .

(٤) ٢ : بالثأر مراتب بأنفسها .

فبعد^(١) التزامه ، وما يقتضيه قياس قول الأصحاب أنه لو نذر أن يصرف زكاته إلى أشخاص من الأصناف يلزمه الوفاء ، فإن طردوا القياس فيه ، كان بعيداً ، وإن سلّموا أنه لا يجب ذلك ، فلا فرق بين تعيين العبد لعتاقه مستحقّة قبل^(٢) وبين تعيين أشخاص من أصناف الزكاة . وقد قال القاضي : إذا عين مساكين لصرف زكاته وصدقائه إليهم ، لزمه الوفاء بذلك ، قياساً على ما لو عين [عبدًا لصرف]^(٣) العتق المستحق إليه .

والقول الكامل فيه أن التعيين ليس من القربات الملزمة المقصودة بالنذر ، ولا قرينة في تعيين سالم عن غانم .

قال المزني : الأشبه بقول الشافعي أنه لا يجب الوفاء بالتعيين ، واستدلّ باليوم^(٤) في الصوم ، كما ذكرناه ، وهذا الذي ذكرناه أوردته على صيغة التخيير^(٥) على المذهب ، ويجب عندي عدُّ مثل ذلك من متن المذهب ؛ فإن تخريجه على قياس الشافعي أولى من تخيير غيره .

هذا بيان المذهب نقلاً ، وتخريجاً ، وتنبهاً على الإشكال ، وهذا بيان الأصل الذي رأينا تقديمه .

٩٤١٥- عاد بنا الكلام إلى مسائل الكتاب المتعلقة بالمقصود .

فإذا قال : إن قربتك ، فعبيدي حر عن ظهاري ، وكان ثبت الظهار وتقدم ، فهو مولٍ ، فإذا مضت أربعة أشهر ، توجهت عليه الطلقة ؛ فإن فاء ، حصل العتق ، وستكلم في وقوعه عن الظهار في آخر الفصل ، عند نجاز غرض الإيلاء ، وإنما جعلناه

(١) قال ابن أبي عصرون : لا بُدُّ فيه ؛ فإن غرض العبد هو تحصيل الحرية ، وهو نفس القرينة (صفوة المذهب : ٥ ورقة : ٧١ يمين) .

(٢) ت ٢ : مستحقة قد وهى تعيين أشخاص . . . (وهذا من أقبح وأبشع التصحيف) .

(٣) في الأصل ، وكذا في (ت ٢) : « قياساً على ما لو عين عند الصّرف العتق » هكذا في النسختين بوضع علامة (الشدة) على الصاد ، وبنقطة واضحة على النون في (عند) . وهذا من التحريف الذي لا يكاد يدرك .

(٤) ت ٢ : واستندت باليوم والصوم .

(٥) ت ٢ : التحريم .

مولياً ؛ لأن العتق يحصل بالوطء بعد أربعة أشهر ، سواء انصرف إلى الظهار أو لم ينصرف .

ولو قال : إن وطئتك فعبدي حر عن ظهاري إن تظاهرت ، فهذه المسألة مفروضة فيه إذا لم يكن تظاهر من قبل ، ونحن نجريها على المذهب الظاهر لينتظم الفصل ، ثم نعيده بعد ذلك في فصل آخر لغرض آخر ، فإذا قال : إن وطئتك ، فعبدي حر عن ظهاري إن تَطَهَّرْتُ ، فلو وطئها ، لم يعتق العبد ، فإنه علق عتقه بالوطء والتطهر ، والعتق المعلق بصفتين لا يقع بإحداهما ، وهو بمثابة ما لو قال لعبده : أنت حر إن دخلت الدار إن^(١) أكلت ، فلا يحصل العتق بمجرد الدخول ، ولو تظاهر ، فلا شك أن العتق لا يحصل ما لم يَطَأ .

فيخرج من ذلك أنه قبل أن يتطهر لا يلتزم بالوطء شيئاً ، فليس مولياً إذاً [على]^(٢) ما نُجْريه في هذا الفصل^(٣) .

ولو كانت المسألة بحالها ، فتظاهر عنها ، فقد صار إلى حالة لو وطئها الآن ، لحصل العتق ، فلا جرم يصير مولياً بعد الظهار .

فحصل مما ذكرناه أنه لا يكون مولياً في ابتداء أمره ؛ لأن الوطء لا يحصل العتق ، ش ١٣١ فإذا ظاهر ، فيصير مولياً ؛ لأن الوطء يحصل العتاق بعد الظهار ، لهذا غرض الإيلاء من هذا الفصل .

وقد شَبَّنا في أثناء الكلام بخلاف فيه إذا قال : إن وطئتك ، فعبدي حر عن ظهاري إن تظاهرت ، وسنذكر أن من أصحابنا من يجعله مولياً قبل التطهر على أصل سنشرحه من بعد ، ولكن لما كان هذا الوجه ضعيفاً لم نَبْنِ الفصل عليه .

٩٤١٦- ونحن نذكر التفصيل في أن العتق إذا حصل هل يقع عن الظهار ؟ ونوضح في ذلك المذهب في الصورتين اللتين ذكرناهما ، ونبدأ بالصورة الأخيرة .

(١) ت ٢ : وإن أكلت .

(٢) زيادة من المحقق ، وهي في (ت ٢) .

(٣) في (ت ٢) : فليس مولياً إذاً على ما يحويه هذا الفصل .

فإذا قال : إن وطئتكَ ، فعبدني حر عن ظهاري إن تظهرتُ ، فإذا تظاهر ، ثم وطئ ، فالتعق يحصل لا محالة ؛ فإنه علّقه بصفتين ، وقد وُجِدَتَا ، وأطبق الأصحاب على أن التعق لا يقع عن الظهار في هذه الصورة ، وعلل الأصحاب ذلك بعلتين : إحداهما - أنه علق التعق قبل الظهار ، ولو نجَزَ عتقاً عن الظهار قبل الظهار ، ثم ظاهر ، لم ينصرف التعق إلى الظهار يقيناً ، فإذا امتنع التنجيز عن الظهار ، امتنع التعليق عنه في الوقت الذي يمتنع التنجيز فيه ؛ فإن صحة التعليق وفساده مرتبط عند الشافعي بصحة التنجيز وفساده .

هذا بيان إحدى العلتين .

ومن أصحابنا من علّل بأن قال : المولي جعل التعق موجب حنثه في اليمين ، ويتخلص به ، والحنث يقتضي حقاً على الحانث ، فإذا كان يتأدى بالتعق حقُّ الحنث ، فيستحيل أن ينصرف إلى الظهار ؛ إذ لو كان كذلك ، لتأدى حقان بعقٍ واحد .
فهذا تفصيل القول في ذلك .

٩٤١٧- ولو كان قد ظاهر أولاً ، ثم قال : إن وطئتكَ ، فعبدني حر عن ظهاري ، ثم وطئ ، فلا شك في حصول التعق ، وهل ينصرف التعق إلى تلك الجهة وهي جهة الظهار ؟ فعلى وجهين مشهورين بناهما الأصحاب على العلتين المذكورتين في^(١) الصورة الأولى : فإن قلنا : العلة في تلك الصورة أن التعليق تقدم على الظهار ، فالتعق في هذه الأخيرة يقع عن الظهار ؛ فإن الظهار مقدم على التعليق .

وإن قلنا : العلة في الصورة الأولى أن التعق يقع عن جهة الحنث في اليمين ، فلا يقع التعق في الصورة الأخيرة أيضاً عن الظهار ؛ فإنه تأدى بالتعق حقُّ الحنث في هذه الصورة .

ولو كان الرجل ظاهر عن امرأته ، ثم قال لعبدٍ من عبيده : إن دخلت الدار ، فأنت حر عن ظهاري ، فإذا دخل الدار عتق ، وفي انصرافه إلى الظهار الوجهان ؛ إذ لا فرق

(١) في الأصل ، وكذا في (ت ٢) : على العلتين المذكورتين إحداهما في الصورة الأولى .
والتصرف والحذف من المحقق .

بين أن يعلّق العتق عن الظهار على وطء أو دخول دار .

ولكن الوجه عندنا القطع بانصراف العتق إلى الظهار إذا كان الظهار مقدماً على التعليق والإيلاء ؛ فإن من يعلّق عتقاً بصفة ليس يلتزم أمراً ، وإنما يوقعه عند وجود الصفة ، فإذا وُجد متعلّق العتق ، جُعِلَ ذلك بمثابة إنشاء العتق عند وجود الصفة ، فلا معنى لقول من يقول : تأدى/ بالعتق حقّ غير الكفارة ؛ فإنه لا حق يُتخيّل^(١) . نعم ، قد يعترض بعد تزييف هذا الوجه أن الأمر إذا كان كذلك ، فالمولي ليس يلتزم بالوطء شيئاً ، والجواب عنه أنه التزم إيقاع ما عليه ، أو تعجيل ما ليس متضيّقاً^(٢) ، ولا يمتنع تعجيله ، وإذا استدّ النظر في ذلك ، تبين للناظر أن المعجل هو المستحق في الكفارة ، والتعجيل متعلّق بالإيلاء ، وإنما يمتنع انصراف العتق إلى الكفارة إذا كان في عينه استحقاق من وجه ، وهذا بمثابة تعليل الأصحاب امتناع صرف عتق المكاتب إلى الكفارة ؛ فإنه مستحقّ للمكاتب على مقابلة عوض ، فامتنع وقوعه على حكم الكتابة منصرفاً إلى الكفارة .

فإن قيل : هلا قلتم : يصح تعليق العتق فيه إذا قال : عبدي هذا حر عن ظهاري إن تظهرت ؛ فإن التعليق صادم ملك المعلّق ، والعتق قابل للتعليق ، فالوقوع مرتب على الوجوب ، وهلا كان هذا كما لو قال للحائض : أنت طالق للسنة ، وهو لا يملك الطلاق السني تنجيّزاً ، ولكن يكفي كونه مالكاً للطلاق في تصحيح تعليق الطلاق السني ؟ قلنا : السيد وإن كان مالكاً لعتق عبده ، فليس يملك تأدية الكفارة^(٣) ، فوقع التعليق عن الظهار تصرفاً في تأدية ما لا يملك تأديته ، ووقع من وجه تصرفاً في الملك ، فمن حيث كان تصرفاً في الملك ، نفذ العتق ، ومن حيث إنه تصرف في تأدية دين لا يجب ولا يملك تأديته لم يقع عن تلك الجهة ؛ فإن من لا يملك شيئاً لا يملك التصرف فيه .

(١) لا حق يتخيّل : أي لا حق هنا أصلاً غير ما علّق عليه .

(٢) ت ٢ ، وكذا صفوة المذهب : ما ليس منصرفاً . وهو تصحيف واضح .

والمعنى أنه التزم تعجيل واجب عليه ، وهو التكفير عن ظهاره بالعتق ، وهذا الواجب ليس مضيقاً ، بمعنى أنه يسعه تأجيله والتراخي في أدائه ، ولكنه يجوز تعجيله .

(٣) لأنه لم يظاهر بعد ، فكيف يؤدي الكفارة قبل أن تستقر في ذمته .

فأما الطلاق السني والبدعي ؛ فإنه يتعلق بالوقت والزمان ، وقوله : أنت طالق للسنّة بمثابة قوله : إذا طُهرت ، فأنت طالق ، فليست السنّة جهةً استحقاق حتى يتصرّف المالك فيها .

هذا تحقيق القول في هذا الفصل .

٩٤١٨- ونحن نختمه بصورة ، فلو قال : إن وطئتكَ ، فعبدني حر عن ظهاري ، واقتصر على هذا ، قال الأصحاب : إن كان ظاهر ، فقد مضى التفصيل فيه ، وإن لم يكن قد ظاهر ، جعلناه مقرأً بالظهار ، وفائدة ذلك في الظاهر أنا نجعله مولياً في الحال ، ونجعله مظاهراً إن عين التي أضاف الظهار إليها ، وأما أمر الباطن ، فلا يخفى : لا نجعله مولياً باطناً ، ولا نجعله مظاهراً ؛ فإن قوله هذا لا يصلح لإنشاء ظهار ؛ إذ هو إخبار مصرّح به .

فإن قيل : فلو ظاهر هل يصير مولياً باطناً ؟ وهل ينزل هذا منزلة ما لو قال : عبدني حر عن ظهاري إن تظهرت ثم تظهر ؟ قلنا : لا معنى لهذا السؤال في الباطن ، فإن نوى ما ذكره السائل وجرد القصد إليه ، فيثبت ، واللفظ صالح له وإن لم يكن مستقلاً بإفادة ، وقد ذكرنا في مسائل الطلاق أن ما يقع في الباطن يكتفى فيه بعلاقة من الاحتمال . فإن لم يجرد قصده الباطن إلى تقدير ظهارٍ سيكون ، لم يثبت حكمه في حقه لا محققاً ولا معلقاً .

فَصْلٌ

قال : « ولو قال : إن / قريتكَ ، فله علي أن أعتق فلاناً عن ظهاري . . . إلى ١٣٢ ش آخره »^(١) .

٩٤١٩- مضمون هذا الفصل مرتب على الأصل الذي مهدناه في مفتتح [الفصل]^(٢) السابق الذي انتجز الآن .

(١) ر . المختصر : ٩٨ / ٤ .

(٢) في الأصل وفي (ت ٢) : الأصل ، والمثبت اختيار منا .

وصورة المسألة في مقصود الفصل أنه إذا كان مظاهراً عن امرأة ثم قال لأخرى : إن وطئتكَ ، فله عليّ أن أعتق هذا عن ظهاري ، فالظهار كائن ، فإذا وطئ فهل يلزمه الوفاء بما قال ؟ النصُّ وقول الأصحاب على أن هذا على الجملة مما يُلتزم ، ومذهب المزني وتخريجه على قياس الشافعي أنه مما لا يُلتزم ، وقد ذكرنا أن ما لا يلتزم بالنذر لا ينعقد به يمين اللجاج والغضب ، فإن فرعنا على مذهب المزني ، فكلام الزوج لغو ، وليس بمولٍ ؛ فإنه لم يُعلّق بالوطء التزاماً .

وإن فرعنا على النص وقول الأصحاب ، فقد عقد اليمين بما يُلتزم بالنذر الصحيح ، فينعقد اليمين ، وفيما يجب عند تقدير الحث الأقوال الثلاثة ، ثم نجعله مولياً ، وفيما يلزمه لو حث ثلاثة أقوال : أحدها - الوفاء .

والثاني - كفارة اليمين .

والثالث - التخيير ، وهذا مولٍ^(١) يلتزم بالوطء بعد أربعة أشهر أمراً ، فنجعله مولياً .

وفي نقل المزني في هذا الفصل خلل ظاهر ؛ فإنه نقل عن الشافعي أن تعيين العبد مما يُلتزم بالنذر ، وإذا ذكر في اليمين ، كانت اليمين المعقودة يميناً منعقدة ، ثم نقل عن الشافعي أنه قال : « ليس بمولٍ »^(٢) وهذا غلط صريح ؛ والمنصوص عليه للشافعي في كتبه أنه مولٍ على الحقيقة .

٩٤٢٠- ثم إذا بان الخطأ [وتقرر]^(٣) المذهب ، فنفرّع ونقول : إذا وطئ وحِث وفرعنا على وجوب الوفاء ، فلو أعتق ذلك العبد عن ظهاره ، فيحصل العتق ويخرج عن عهدة اليمين ، وهل يقع العتق عن الظهار ، فعلى وجهين ، كما تقدّم ذكرهما : أحدهما - بل الذي لا يصح غيره - أن العتق ينصرف إلى الظهار .

(١) في (ت ٢) : قول .

(٢) نص الشافعي كما نقله المزني في المختصر : « ولو قال : إن قربتك ، فله عليّ أن أعتق فلاناً عن ظهاري - وهو متظاهر - لم يكن مولياً ، وليس عليه أن يعتق فلاناً عن ظهاره وعليه كفارة يمين » ر . المختصر : ٩٨/٤ .

(٣) في الأصل : وتقدير .

والوجه الثاني - أنه لا ينصرف إليه ؛ لأن حق الحنث [قد تأدى به]^(١) ، وهذا زللٌ عظيم ؛ فإن الذي يعلق شيئاً ليس ملتزماً ، وإنما هو في حكم الموقع عند الحنث ، كما قدمناه .

ثم إذا قلنا : العتق لا ينصرف إلى الظهار ؛ فإنه يحصل لا محالة ، وكأنه نذر عتقاً مطلقاً في عبد عتبه ، ولو صح هذا الاعتبار - وهو تنزيل ما قاله على النذر المطلق مع إبطال الجهة حتى كأنه قال : لو وطئت^(٢) أن أعتق هذا العبد ، فيلزم على هذا المساق أن يقال : إذا قال : إن وطئت^(٣) فله علي أن أصوم يوماً بعينه عن القضاء الذي هو عليّ يكون هذا بمثابة ما لو قال : إن وطئت ، فله علي أن أصوم ذلك اليوم بعينه بعد الأشهر . فإذا كان الأصحاب لا يجعلون تعيين اليوم لواجب سابق بمثابة نذر صوم ذلك اليوم ، فقد تخبط هذا الوجه على اشتهاه ، ووجب الحكم بوقوع العبد عن الظهار لا محالة ، وهذا تفرغٌ على وجوب الوفاء .

فإن أوجبنا كفارة اليمين^(٣) فلو أعتق ذلك العبد المعين عن ظهاره ، فكفارة اليمين^(٣) باقية/ عليه ، وإن [وجد]^(٤) الوفاء ، فلا شك أن العبد يقع عن الظهار ؛ فإنه ١٣٣ ي لم يتأد به حق الحنث ، ولو أعتقه عن كفارة اليمين ، فلا شك أن كفارة الظهار باقية عليه ؛ فإن قيل : لو أخرج كفارة اليمين كسوة أو طعاماً ، فهل يتعين عليه إعتاق ذلك العبد المعين ؟ قلنا : لا ؛ فإننا نُفَرِّعُ على أن موجب يمين اللجاج الكفارة ، والعبد إنما يتعين إعتاقه عن الظهار إذا فرض نذره ، وهذا الذي نحن فيه يمينٌ ، وليس هذا مما يخفى ، ولكن إذا طال الكلام لا يضر التنبيه على مثل هذا .

٩٤٢١- ولو ابتدأ [ناذراً]^(٥) وقال : « لله عليّ أن أعتق هذا العبد عن ظهاري » ،

(١) في الأصل : أنه فقد تأدى به .

(٢) ما بين القوسين سقط من (ت ٢) .

(٣) سقط من (ت ٢) العبارة التي بين القوسين .

(٤) في الأصل ، وفي (ت ٢) : وجدنا ، والمثبت من صفوة المذهب .

(٥) زيادة من (ت ٢) .

وجرينا على النص ، فإذا أعتقه عن الظهار هل يقع عن الظهار ؟ ^(١) وهل يخرج ذلك الوجه الضعيف البعيد ؟ قلنا : الوجه القطع بأنه يقع عن الظهار ^(٢) ؛ فإننا نصحح هذا النذر على هذا الوجه ، فإذا صححناه ، أوقعناه ، وإذا فرعنا على قول الوفاء ، فأعتقه وفاءً ، فقد ذكرنا الوجهين ؛ لأن الوفاء وقع تحللاً ^(٣) للقسم ، وتأدية لحق الحنث ، وحق الحنث يغاير الملتزم ، فإذا كان الفرض في نذر مجرد ، فليس إلا تصحيح إيقاعه على وجه تصحيح التزامه .

[فَصْلٌ ثَلَاثُونَ] ^(٣)

٩٤٢٢- إذا قال لإحدى امرأتيه : إن وطئتك ، فصاحبتك هذه طالق ، فهو مولى عن التي عينها على الجديد ؛ فإنه يتعلق بالوطء طلاق ضررتها ، ثم إذا توجهت الطالبة ، ففاء ، طلقت صاحبته وانحلت اليمين .

ولو طلق التي آلى عنها ، ثم راجعها ، أو تركها حتى بانث ، وجدد النكاح عليها ، فمهما ^(٤) وطئها ، حكمنا بطلاق صاحبته إذا كان النكاح مستمراً عليها ؛ فإن طريان البينونة على التي آلى عنها لا يؤثر في طلاق التي حلف بطلاقها .

ولو أبان التي آلى عنها ، وزنا بها ، طلقت صاحبته ؛ فإن طلاق صاحبته معلق ^(٥) بصورة وطء هذه ، وهذا بين .

ولو كانت المسألة بحالها ، فأبان صاحبته التي علق طلاقها ، ثم جدد النكاح عليها ، فنقول أولاً : إذا أبانها ، فقد صارت إلى حالة لا تطلق ، فيرتفع الإيلاء وتقدير الطلب فيه ، فإنه لو وطئ في اطراد البينونة على صاحبة ، لما تعلق بالوطء شيء ، وإذا انتهى المولي إلى حالة لو فرض منه الوطاء ، لما التزم شيئاً ؛ فإنه يخرج بالانتهاء إليها عن اطراد حكم الإيلاء .

(١) ما بين القوسين سقط من (٢) .

(٢) ت ٢ : كله للقسم .

(٣) علامة [فصل] غير موجودة في (٢) ولا في صفوة المذهب .

(٤) فمهما : بمعنى إذا .

(٥) ت ٢ : تعلق .

فإذا عادت صاحبة ، وفرعنا على أن الحنث لا يعود ، فقد زال الإيلاء بالكلية ، وإن قلنا : يعود الحنث عليها حتى يلحقها الطلاق المعلق ، فيعود الإيلاء وحكمه وتوجيه الطلبة به .

٩٤٢٣- والذي يجب التنبيه له في هذا المقام أن من آلى عن امرأته ، ثم طلقها لما طولب بعد المدة ، فإذا راجعها ، استفتحنا مدةً بعد المراجعة - كما أوضحنا فيما سبق - فإذا علق طلاق صاحبته بوطئها ، ثم أبان المحلوف بطلاقها ، ثم نكحها ، وحكمنا بعود الحنث فيها وعود الإيلاء في التي آلى عنها ^(١) فهل نستفتح مدةً ، ونفرض بعدها طلباً ، كما قدمناه فيه إذا طلق التي آلى عنها ^(٢) ثم راجعها أو جدد عليها نكاحاً ؟

الظاهر عندنا أنا لا نبتدىء ضرب مدة ؛ فإن طلاق التي آلى / عنها من وجهٍ وفاءً ١٣٣ ش بالطلبة ، وإن لم يكن فيئةً ورجوعاً ^(٢) إلى حقها في المستمتع ، وكان طلبها يتعلق بالاستمتاع ، وهو الأصل ، أو بتخليصها ، فإذا طلقها ، كان هذا سعيّاً في التخليص ، فإذا تجدد حقها ، أمكن أن يؤثر الطلاق السابق في استحداث مدة جديدة سوى المدة الماضية أولاً ، وهذا المعنى لا يتحقق بانقطاع أثر الإيلاء بسبب إبانة صاحبة المحلوف بطلاقها ؛ فإنه ليس في إبانته إسعافٌ التي آلى عنها بوجهٍ من وجوه الطلبة ، وبمقصودٍ من مقاصدها .

وقد يتجه المصير إلى استفتاح مدة ؛ فإن الزوج بإبانته رفع ^(٣) المانع من الوطء ، فكان هذا سبباً لقطع الضرر وتسهيلاً للإقدام على الوطء .

وسياتي فصلٌ جامع في قواطع المدة ؛ وما يقتضي ابتداؤها ، ونعيد طرفاً مما ذكرناه ، وعند ذلك يحصل شفاء الصدور .

٩٤٢٤- وإذا قال لامرأته : إن وطئتك ، فعبدني هذا حرّ ، فهو مولٍ على الجديد ، فلو باع ذلك العبد ، انقطع أثر الإيلاء ، فلو عاد إلى ملكه ، ففي عود الحنث قولان ،

(١) ما بين القوسين سقط من (ت ٢) .

(٢) ت ٢ : فإن لم يكن فيه فرجوعاً . . .

(٣) ت ٢ : وقع .

١) وفي عَوْد الإيلاء قولان ١) مأخوذان من ذلك ، والتفصيل في العتق ٢) كالتفصيل في الطلاق .

فَضْلُكَ

قال : « ولو آلى » ، ثم قال لأخرى : قد أشركت معها في الإيلاء . . . إلى آخره ٣) .

٩٤٢٥- إذا طلق الرجل إحدى امرأته ثم قال للأخرى : أنت شريكها ٤) ونوى بذلك تطليقها ، طلقت .

ولو آلى عن إحدى امرأته ، ثم قال للأخرى : أنت شريكها ٤) وزعم أنه أراد بذلك الإيلاء عنها ، وتنزيلها منزلة الأولى ، لم يصر مولياً بهذا اللفظ ، وغرض الفصل أن الإيلاء يمينٌ ، فلا يحصل بالكناية على هذا الوجه ؛ فإن عماد اليمين ذكر محلو ف به ، وليس في لفظة الإشراك ذلك ، فخاصية اليمين زائلة ، والنية بمجرد ما لا تعويل عليها .

فإن قيل : ألسن قضيتم بأن قول الزوج : والله لا يجمع رأسي ورأسك وسادة كناية في الإيلاء ؟ قلنا : الممتنع ٥) من الحصول بالمكاني المقسم به ، فأما الألفاظ التي تتعلق بمقصود اليمين ، فلا يمتنع تطرق الكنايات إليها .

ولو ظاهر عن إحدى امرأته ، ثم قال للأخرى : أشركت معها ، وقصد إحلالها محل الأولى في الظهار ٦) فهل يحصل الظهار بهذا اللفظ مع النية ؟ فعلى وجهين مبنيين على أن المغلّب في الظهار ٦) أحكام الطلاق أو أحكام اليمين : فإن غلبنا شبهة

(١) ما بين القوسين سقط من (٢) .

(٢) ت ٢ : في العين .

(٣) ر . المختصر : ٩٨/٤ .

(٤) ما بين القوسين سقط من (٢) .

(٥) ت ٢ : المتبع .

(٦) سقط من (٢) ما بين القوسين .

١١) الطلاق صيرناه مظاهراً ، وإن غلبنا شبه اليمين لم نجعله ^(١) مظاهراً ، وسيأتي شرح هذا الأصل في موضعه ، إن شاء الله عز وجل .

ولو قال لإحدى امرأتيه : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، ثم قال للأخرى : أشركتك معها ، فهذا مما ذكرناه في فروع الطلاق ، وفيه مقنع ، فلا نعيده .
ثم قال : « ولو قال : إن قَرَبْتُكَ ، فأنت زانية . . . (٣) إلى آخره » ^(٢) .

٩٤٢٦- إذا قال : إن جامعتك فأنت زانية ^(٣) ، فلا يكون مولياً ؛ فإنه لا يلتزم بجماعها أمراً ؛ إذ لو وطئها لم يَصِرْ قاذفاً ، والقذف/ لا يقبل التعليق ؛ فإنه خبر صفته ^{١٣٤} ي أن يكون جازماً ^(٤) ، وعلى هذا الوجه يقدح في [العرض] ^(٥) ، فإذا تعلق خرج عن وضعه .

فَصْلٌ فِي

قال : « ولو قال : والله لا أصبتك في السنة إلا مرة ، لم يكن مولياً . . . إلى آخره » ^(٦) .

٩٤٢٧- هذا الفصل يستدعي تقديم أصل : فنقول : أوضحنا أن التفريع على أن المولي من يلتزم بالوقاع أمراً بعد أربعة أشهر ، ثم قسمنا وجوه الالتزام : فلو كان لا يلتزم بالوقاع بعد الأشهر أمراً غير أنه كان يقرب بسببه من الحنث في يمين ، فهل نجعله مولياً ؟ [وهل نجعل القرب من الحنث] ^(٧) في معنى التزام أمر ؛ حتى نقول :

(١) ما بين القوسين ساقط من (ت ٢) .

(٢) ر . المختصر : ٩٩/٤ .

(٣) ساقط من (ت ٢) .

(٤) في (ت ٢) : خارجاً .

(٥) في الأصل : الغرض ، و(ت ٢) : الفرض . والمثبت من صفوة المذهب : جزء : ٥ ورقة : ٤٧ يمين .

(٦) ر . المختصر : ٩٩/٤ . والعبارة في المختصر هكذا : « ولو قال : لا أصيبك سنة إلا مرة ، لم يكن مولياً » .

(٧) زيادة من (ت ٢) .

يتعلق بالوطء الترام ، فنجعله مولياً ؟ في المسألة قولان : أصحابهما - أنا لا نجعله مولياً ؛ فإن الوطء ليس يستعقب لزوم أمر ، والقرب ليس حكماً ثابتاً ، ولا أمراً لازماً ، وحاصله دنو توقع في لازم .

والقول الثاني - أنه مولٍ ، فإنه بسبب الوطء يقرب من اللزوم ، وهو مما يُحاذر ، فينتصب في مقابلة الوطء أمرٌ محذور ، وهو عماد الإيلاء .

ونحن نفرض للقولين صورة ، ثم نتبعها بصورٍ يتقرر بها الغرض : فإذا كان للرجل أربع نسوة فقال : والله لا أجامعكن . فلو جامع واحدة ، لم يلتزم أمراً ، وكذلك إذا وطئ الثانية والثالثة ؛ فإن الحنث يحصل بوطئهن كلهن ، ولكنه بوطء الأولى يقرب من الحنث ، فهل نجعله مولياً ؟ فعلى ما ذكرناه من القولين . فإن جعلنا الوطء المقرب كالوطء المحنث ، فالطلبة تتوجه والإيلاء يثبت ، وإن لم نجعل الوطء المقرب كالوطء المحنث ، فلا نجعله مولياً حتى يطاء ثلاثاً منهن ، فإذا ذاك يصير مولياً عن الرابعة ، فنُجري ابتداء المدة بعد وطء الثالثة ، والحنث يتعلق بوطء الرابعة .
فهذا من صور القولين .

٩٤٢٨- ومما يجري القولان فيه صورة مسألة الكتاب ، وهي : إذا قال لامرأته : « والله لا أصبتك في السنة إلا مرة » ، فالأصح المنصوص عليه في الجديد أنا لا نجعله مولياً قبل أن يطاء ، فالوطء الأول لا يلتزم [به]^(١) شيئاً ، وإن وطئ مرة ، نظرنا إلى ما بقي من السنة ، فإن كان الباقي منها أربعة أشهر أو أقل ، فلا يكون مولياً ؛ فإن المدة قاصرة .

وإن كان الباقي من السنة أكثر من أربعة أشهر ، جعلناه مولياً ، فإنه بعد الوطء المستثناة ، صار إلى حالة لو فرض منه الوطء بعد أربعة أشهر ، لالتزم الكفارة ، وهذا أصح القولين .

والقول الثاني - أنه مولٍ من أول السنة ؛ فإن الوطء المستثنى وإن كان لا يحنث ، فإنه يقرب من الحنث ، فتتوجه الطلبة إذاً بعد أربعة أشهر ، فإن فاء ، خرج عن عهدة

الطلب في هذه الكرة ، ثم إذا مضت أربعة أشهر فلو وطئ ، التزم الكفارة ، فيتوجه الطلبة ، والوطء الأول لا يحل اليمين ؛ فإنه كان مستثنى ، والحِثْ يحصل بالوطء الثانية .

ولو استثنى عن اليمين المعقودة على السنة وطأت كثيرة ، فالقولان/ جاريان ، ١٣٤ ش ولا فرق بين الوطء الواحدة المستثناة وبين الوطأت ؛ فإن التقريب يحصل بكل وطء .

٩٤٢٩- ولو قال لامرأته : إن وطئتكَ ، فوالله لا أطوك ، فهذا تعليق منه للإيلاء بالوطء الأولى ، وللأصحاب طريقان منهم من قطع بأنه لا يكون مولياً في الحال بخلاف الصورة المقدّمة في عقد اليمين على السنة ، واستثناء ما أراد ، وهاهنا علّق ابتداء العقد بالوطء الأولى ، فلا يمين قبل الوطء الأولى ، ويستحيل أن نحكم بكونه مولياً في وقت لا يكون فيه حالفاً .

ومن أصحابنا من أجرى القولين في هذه المسألة ، وقال : إن لم يكن حالفاً بالله في حاله ، فهو في حكم الحالف^(١) بالله تعالى ، فكان الوطء مقرباً من الحنث ، فهو يجري بعد يمين ، كما ذكرت .

٩٤٣٠- ولو قال لامرأته : إن وطئتكَ ، فأنت طالق إن دخلت الدار ، فقد نقل بعض الأثبات عن القاضي أنه قال : نجعله مولياً في هذه الصورة قولاً واحداً ، ولو قال : إن وطئتكَ ، فأنت عليّ كظهر أمي إن دخلت الدار ، فيكون مولياً قولاً واحداً ، واعتلّ بأنه التزم بالوطء تعليق الطلاق والظهار ، والمولي من يلتزم بالوطء شيئاً ، على ما ذكرناه . وهذا غير سديد ، وقطع شيخنا بتخريج تعليق الطلاق والظهار على قولين ، والسبب فيه أن الوطء لا يوجب وقوع الطلاق والظهار ، بل يوجب انعقاد تعليقهما ، فهو كما لو قال : إن أصبتك فوالله لا أصيبك ، وأي فرق بين تعليق عقد اليمين بالطلاق والظهار بالوطء ، وبين تعليق عقد اليمين بالله تعالى بالوطء ، فلا وجه للفرق بينهما . ولعل الذي تخيّل الفارق أن الإيلاء المعهود هو الحلف بالله على الامتناع من

(١) في الأصل : فهو في حكم الحالف بالحلف بالله ، ومثلها (ت ٢) غير أنها قالت : في حكم الحالف بالحلف بالله . والمثبت تصرف من المحقق .

الوطء ، فلما كان ذلك معلّقاً بالإصابة الأولى ، انتظم لهذا القائل أن الإيلاء موعود معلق ، وليس منجزاً ، وإن كان المعلق بالإصابة الأولى طلاقاً أو ظهاراً ، فليس ذلك التعليق إيلاءً في نفسه ، فَحَسِبَهُ أَمراً ملتزماً ، وحسب التزامه إيلاءً ، وهذا ذهول عن دقيقة نبهنا عليها وهي أن من قال : إن أصبتك ، فوالله لا أصيبك ، فهذا حلف بالحلف ، كما أنه إذا قال : إن أصبتك فأنت طالق إن دخلت الدار ، فهذا حلف بتعليق الطلاق ؛ فلا وجه إذاً للفرق .

٩٤٣١- ومما نذكره متصلاً بهذا الذي انتهينا إليه ، أن الرجل إذا قال لامرأته : إن وطئتُك ، فعبدي حر عن ظهاري إن تظهرت ، فقد كنا وعدنا في ذلك ذكرَ خلاف ، وها نحن نقول : الوطء قبل الظهار لا يُلزم أَمراً ، فكان ظاهر المذهب ألا نجعله مولياً ، فإن قلنا : القرب من الحنث يثبت الإيلاء ، فإذا وطئ ، فقد قرب حصول العتق ، فمن أصحابنا من ألحق هذا بمحالّ القولين في القرب من الحنث ، وجعله مولياً قبل الظهار على أحد القولين .

ومنها من قطع القول بأنه لا يكون مولياً ، ولا يكاد يتضح الفرق . والأصح أن القرب من الحنث لا يثبت موجب الإيلاء .

٩٤٣٢- ومما ذكره الأصحاب في بعض مسائل الفصل أن الرجل / إذا قال لامرأته : والله لا أصبتك إلا مرة واحدة ، فلو وطئها ، ثم نزع في الأثناء وأعاد ، فلا يحنث بالإيلاج الأول ، وإذا نزع وأعاد ، حنث ؛ فإنه وطئ مجدّد ، وقد حكيتُ في هذا خلافاً فيما تقدّم ، وأوردته فيه إذا قال : إن وطئتُك ، فأنت طالق ثلاثاً ، ثم أولج ، ونزع وأعاد قبل قضاء الوطر ، فالمذهب المبتوت وجوب المهر إذا جرى على جهل ، فإن هذا وطئ مبتدأ ، فمن أصحابنا من عدّ النزع والإعادة في حكم استدامة الوطأة الواحدة ، وهذا بعيد ، وإن كان يتوجه ، فهو في اليمين أقرب ؛ فإن وجوب المهر يتلقّى من مأخذ الأحكام ، وأما إذا تعرض لذكر الوطأة بالاستثناء في اليمين المعقودة ، فقد يظهر الرجوع فيما هذا سبيله إلى العرف ، ولو قال : والله لا أكل إلا أكلة واحدة ، فقد يحمل ذلك في الأيمان على أكلة تحويها جلسة على الاعتیاد ، والغرض بإعادة ما ذكرناه حكاية قول الأصحاب في هذا المقام .

فَصْلٌ

قال : « ولو قال : والله لا أقربك إلى يوم القيامة . . . إلى آخره »^(١) .

٩٤٣٣- غرض الفصل تقاسيم الأيمان فيما يتعلق بامتداد [المُدَد] ^(٢) في [الحلف] ^(٣) على الانكفاف عن الوطء .

فنقول : الأيمان ، في غرض الفصل تقع على أقسام : أحدها - يمين مُطلقة في الامتناع ، لا تعرّض فيها لتعليق بوقتٍ أو أمرٍ منتظرٍ ، [وسبيل] ^(٤) هذا اللفظ الاسترسال على الأزمنة والانعقاد عليها ، ولو قيّدت بالتأيد ، لكان التقييد بالتأيد تأكيداً ، وحكمُ هذا القسم احتسابُ مدّة الإيلاء من وقت اللفظ .

٩٤٣٤- ومن الأقسام تقييد اللفظ بالوقت ، وهذا مما تقدم شرحه ، فإن كانت المدة أربعة أشهر ، أو أقلّ ، فلا إيلاء ، وإنما الذي جاء به يمين لا يتعلق بها حكمُ طَلِبَةِ الإيلاء ، [ولا] ^(٥) يخفى موجبُ البر والحِثْ ، وإن ذَكَرَ زماناً زائداً على الأربعة الأشهر ، انعقد الإيلاءُ ، فالأربعة الأشهر مهْلٌ ، واشترط المزيد بسبب فرض توجيه الطلب ؛ فإن الإيلاء عندنا لا يتضمن وقوع الطلاق بنفسه ، وقد روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال لحفصة : « أتصبر المرأة عن زوجها شهراً ، فقالت : نعم ، فقال : أتصبر ثلاثة أشهر فقالت : نعم ، فقال : أتصبر أربعة أشهر ، فسكتت ، فبعث عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أمراء الأجناد ، وأمرهم أن يردوا الرجال إلى أهلهم في الأربعة الأشهر »^(٦) ، فكان ابتناء مدّة الإيلاء على ما جرت الإشارة إليه من إمكان الصبر ، وظهور الضرر .

(١) ر . المختصر : ٩٩/٤ .

(٢) في الأصل : المدعى .

(٣) في الأصل : الحلق .

(٤) في الأصل : في سبيل .

(٥) في النسختين : فلا .

(٦) قال الحافظ : لم أقف عليه مفصلاً هكذا ، وإنما روى البيهقي في أوائل كتاب السير من رواية =

٩٤٣٥- ومن أقسام الأيمان ما يشتمل على مدة الامتناع عن الوطء إلى أمرٍ متتظر في الاستقبال ، وهذا ينقسم أقساماً ، فمنه ما يعلم قطعاً أنه لا يقع إلا بعد أربعة أشهر ، وذلك مثل أن يقول لامرأته : والله لا أجامعك إلى إدراك الرطب ، وكان إنشاء اليمين ش ١٣٥ في الشتاء ، والإدراك يقع بعد الأربعة الأشهر لا محالة / ، فيثبت حكم الإيلاء وفقاً .

ولو علق بما يُعدّ وقوعه مستبعداً كخروج الدجال ونزول عيسى ، وما أشبههما من أشرار الساعة ، فيثبت الإيلاء ، وإذا مضت الأشهر ، توجهت الطلبة .

ولو ذكر ما لا يبعد حصوله قبل الأربعة الأشهر ، مثل أن يقول : لا أجامعك حتى يقدم فلان ، وكان قدومه متوقفاً قبل الأربعة ، فلا نحكم بكونه مولياً في الحال ، فلو مضت أربعة أشهر ، ولم يتفق القدوم ، فهل نقول : إنا نتبين الآن أنه كان مولياً ؛ حتى تتوجه الطلبة بعد انقضاء الأشهر ؟ فعلى قولين : أحدهما - أنا نتبين ذلك ، وتتوجه الطلبة ؛ إنا كنا نتوقف لظهور توقع السبب المذكور قبل الأربعة الأشهر ، والآن إذا بان بآخرة ، تبين امتداد الامتناع واليمين أربعة أشهر .

والقول الثاني - أنا نحكم بالإيلاء ، فإن السبب الذي ذكره إذا كان ممكن الوجود غير مستبعد الكون ، فلا نتحقق إظهار المضادة [الموجب] ^(١) اليمين ، ولو لم يكن يمينٌ ، فامتنع الرجل عن الوقاع ، لم يثبت لها طلب ؛ لأنها تزجي زمانها على التوقع ، فلا تعويل إذاً على وقوع الامتناع أربعة أشهر ، وإنما التعويل على إظهار الضرر ، وتأكيده باليمين .

وهذا القول أفقه .

= مالك ، عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر فذكره بمعناه ، وفيه أنها قالت : ستة أشهر أو أربعة أشهر ، كذا ذكره بالشك .

ثم قال الحافظ : ورواه ابن وهب عن مالك عن عبد الله بن دينار فأرسله ، وجزم بستة أشهر ، ورواه عبد الرزاق عن ابن جريج ، ورواه سعيد بن منصور من وجه آخر ، عن زيد بن أسلم (ر . السنن الكبرى للبيهقي : ٢٩/٩ ، ومصنف عبد الرزاق : ٥١/٧ ، ١٥٢ - رقم ١٢٥٩٣ ، ١٢٥٩٤ ، وتلخيص الحبير : ٤٤١/٣ ، ٤٤٢ بعد الكلام عن الحديث رقم : ١٧٦٣) .

(١) في الأصل : بموجب .

والذي يحقق الغرض في ذلك أنه إذا آلى مطلقاً ، فلا طلبه في الحال ، وإذا انقضت الأشهر طوّل ، فكأن صاحب القول الأول يثبت الإيلاء ، والذي يحقق هذا أنه لو قال : لا أجامعك ما عشت ، فلو مات قبل أربعة أشهر ، فقد تبين أنه لم يكن مولياً ، فإذا كان التبين يتطرق والمذكور سبباً مستبعداً ، كما يتطرق والسبب قريب ، فلا يبقى فرق عند ذكر الأسباب ، والأمر في الكل على التبين ، ويجب لو صح هذا القياس القول بالإيلاء ، وإحالة ارتفاع الإيلاء على وقوع السبب قبل الأشهر .

ولعل ناصر القول الأول يردّ ذلك القول إلى أمر في العبارة ، يقول : إن كان السبب مستبعداً ، أطلقنا القول بثبوت الإيلاء ، فإن جرى السبب المستبعد على دور قبل أربعة أشهر ، ردّدنا التبين إلى أن الإيلاء لم يكن ، وإن كان السبب المذكور غير مستبعد ، لم نطلق القول بحصول الإيلاء إن سئلنا عنه ، فإن استأخر السبب ، تبين أنه كان مولياً . والقول في ذلك قريب .

٩٤٣٦- ولو قال : لا أجامعك إلى أن تموتي ، أو إلى أن أموت ، فالإيلاء ثابت ، ولو قال : لا أجامعك إلى أن يموت فلان ، فالذي ذكره القاضي ، وأصحاب القفال أن الإيلاء ثابت ، وموت ذلك الشخص من المستبعدات ، وقال المزمي : ذكر موت شخص غير الزوجين بمثابة ذكر قدوم متوقع ؛ إذ ليس الموت ببعيد في الوقوع ، وما لم يبعد وقوعه ، لم يبعد توقعه .

وذكر العراقيون مذهب المزمي ، واختاروه ، ولم يعرفوا غيره ، ونزلوا موت الثالث بمثابة القدوم وغيره من المتوقعات ، فقد حصل وجهان من الطرق : أحدهما - أن ١٣٦ ي موت الثالث من المستبعدات ، فيرتب فيه المذهب على حسب ما مضى من المستبعدات .

والوجه الثاني - وهو اختيار العراقيين أنه لا يلتحق بالمستبعدات .

٩٤٣٧- وفي لفظ (السواد)^(١) إشكالٌ ونحن ننقله على وجهه ، فقال : « حتى يخرج الدجال أو حتى ينزل عيسى بن مريم ، أو حتى يقدم فلان ، أو يموت أو تموتي ،

(١) « السواد » هو مختصر المزمي ، كذا يسميه الإمام . وقد أشرنا إلى ذلك كثيراً .

أو تفتطي ابنك»^(١) ، جمع الشافعي رضي الله عنه بين هذه الأسباب وهي مختلفة : فمنها مستبعد ، ومنها مستقرب ، وقرن بين موت فلان وقدمه ، فلا تعلق (بالسواد) من حيث إنه جمع بين الأسباب المختلفة .

ثم تصرف المزمي ، وقال : « حتى يقدّم فلان أو يموت سواء في القياس »^(٢) وأبان أنهما متوقعان على نسق واحد ، فهذا بيان لفظ (السواد) وميل النص إلى أنه إذا مضت أربعة أشهر ، ولم يتفق السبب المذكور ، توجهت الطلبة ؛ فإنه قال بعد الأسباب المختلفة : فإذا مضت أربعة أشهر قبل أن يكون شيء مما حلف عليه ، كان مولياً .

وقال في موضع آخر - وهذا لفظ السواد : - « حتى تفتطي ولدك ، لا يكون مولياً ، لأنها قد تفتطمه قبل أربعة أشهر »^(٣) وأما قوله : حتى تموتي أو حتى أموت ، فالإيلاء محكوم به ظاهراً في الحال ، ولا يؤخذ هذا من توقع الموت واستبعاده ، وإنما يؤخذ من قطع رجائها عن استمتاعه ما بقيت طالبة راجية .

٩٤٣٨- وحاصل جميع ما ذكرناه يرجع إلى أن السبب الذي جعله المنتهى إن كان مستبعداً ، فالضرار كائن ، وإن كان السبب متوقفاً ، فلا نحكم بالإيلاء ، فإن استأخر وقوع ما كنا لا نستبعده عن الأشهر ، فقولان منصوبان في السواد ، وفي موت الثالث من بين الأسباب نظر في أنه من المستبعدات ؛ أم لا ، ولعل الأظهر أنه من المستبعدات ؛ فإن الناس كذلك يحسبون ، ومدار الإيلاء على الإضرار المظهر باللسان .

والمسألة محتملة على حال .

وإذا قال : حتى تفتطي ، فإن أراد وقوع الفطام ، وكان متوقع الكون قبل الأربعة الأشهر ، فهو ملتحق بما لا يستبعد ، وقد مضى تفصيله . وإن كان أراد انقضاء مدة

(١) ر . المختصر : ٩٩/٤ .

(٢) نفسه .

(٣) ر . المختصر : ١٠٠/٤ .

الرضاع وهي الحولان ، نظرنا فيما بقي من المدة ، وخرّجناه على التفاصيل المذكورة في المدد .

وإن قال : لا أجامعك حتى تحبلَ فلانة ، فهذا من الأسباب المتوقعة على القرب ، إلا أن تكون صغيرة أو آيسة ، ولا يكاد يخفى ترديد النظر بعد تمهيد الأصول .

ولو ذكر قدوم شخص ، وكان على مسافة شاسعة ولا يتوقع رجوعه منها وقدمه في الأربعة الأشهر ، فهذا ملحق بالمستبعدات ، ولو كان قدومه مستبعداً ، وزعم الزوج أنه ظنه متوقعاً ، فهذا فيه نظر إذا ادّعى الزوج ظناً بقرب موضعه : يجوز أن يقال : يُبنى الأمر على ظنه ، فإن نوزع فيه حُلف ، ويجوز أن يقال : يبنى الأمر على حقيقة الحال ، ولا التفات إلى ما يدعيه من الظن .

فَضْلُكَ

إذا قال : « والله لا أقربك إن شئت ، فشاءت في المجلس ، فهو مولٍ . . . إلى آخره »^(١) .

٩٤٣٩- إذا قال : والله لا أقربك إن شئت ، فهذا تعليق الإيلاء بمشيئتها على صيغة تقتضي تخير الجواب/ ، والإيلاء قابلٌ للتعليق كالطلاق ؛ إذ لو قال لامرأته : إن دخلت الدار فوالله لا أجامعك إن شئت ، فالقول في اشتراط اتصال لفظها على ما مضى في الطلاق .

وحاصل ما ذكره الأصحاب ثلاث طرق : إحداها - اشتراط التلفظ بالمشيئة على الاتصال الزماني^(٢) ، كما يشترط ذلك بين الإيجاب والقبول ، وهذا ظاهر المذهب . والطريقة الثانية - أنا لا نشترط الاتصال في ذلك ، ومتى شاءت ، انعقد الإيلاء وقوله : إن شئت ، كقوله : إن دخلت الدار ، وهذا منقاس .

(١) ر . المختصر : ١٠١ .

(٢) ت ٢ : على الاتصال إلى ما يكون .

وتوجيه الطريقة الأولى يُخَوِّجُ^(١) إلى تكلفٍ في التقدير^(٢) ، ولكن الطريقة الثانية^(٣) بعيدة في الحكاية ، ذكرها الشيخ أبو علي في الشرح .

والوجه الثالث^(٤) - أن المشيئة تنقيد^(٥) بالمجلس وإن طال ، وهذا أبعد الطرق ، ولست أعرف له توجيهاً ، وإنما أخذ بعضُ الأصحاب هذا الوجه من لفظ الشافعي ؛ فإنه قال : « وشاءت في المجلس » وذكر هذا اللفظ أيضاً في تعليق الطلاق بالمشيئة على هذه الصيغة ، فظن ظانون أنه أراد المجلس حقاً ، وإنما عبر رضي الله عنه عن قرب الزمان بذكر المجلس ، ولم يصر أحد من أصحابنا إلى اعتبار المجلس في القبول والإيجاب ، وقد اعتبره أبو حنيفة^(٦) فيهما .

وقال مالك^(٧) : إذا قال : لا أجامعك إن شئت ، فهو ليس بمولٍ ، وإن شاءت ؛ فإن المولي من يَجْزِمُ الامتناعَ إضراراً بها ، فإذا علق بمشيئتها ، فقد خرج عن كونه مضاراً ، وهذا الذي ذكره غيرُ بعيد من مأخذ الفقه .

واعترض عليه الشافعي بأن قال : إذا كان الإيلاء جازماً ، فأظهرت الرضا به ، لم ينقطع الإيلاء ، ولم تنقطع المدة ، وإذا رضيت بعد المدة ، لم نستفتح ضرب مدة ، فدلّ أنا وإن كنا نعتبر المضارة اعتباراً كلياً ، فلسنا نبنّي الأمر عليها ؛ فإن الأمور بعد ما رسخت لا تزول بفرض أمثال ذلك ، وهذا كابتداء^(٨) الإجارة على الحاجة ، ثم لا تنقيد^(٩) بها ،

(١) ت ٢ : يخرج .

(٢) ت ٢ : إلى تكلف التفرقة .

(٣) ساقطة من (ت ٢) .

(٤) كذا في النسختين : (الوجه الثالث) مع أنه عبر عنها بالطرق الثلاث . وحتى هذا الوجه يقول عنه : (أبعد الطرق) .

(٥) ت ٢ : تصل .

(٦) ر . فتح القدير : ٤٦١ / ٥ ، الفتاوى الهندية : ٣ / ٣ .

(٧) لم نصل إلى المسألة منصوصة عن الإمام مالك فيما رأيناه من كتب السادة المالكية ، وإنما الذي رأيناه مثلاً على نفي الإيلاء لانتفاء قصد الإضرار ، هو إذا حلف لا يوطأ امرأته حتى تفتطم ولدها ، فهذا يكون إيلاء لما فيه من عدم الإضرار (المدونة : ٣٢٣ / ٢ ، والمتقى : ٣٦ / ٤) .

(٨) ت ٢ : كإثباتنا الإجارة .

(٩) ت ٢ : لا تنقبل .

ولو كانت المرأة فاركة^(١) زوجها منها أن يهاجرها ، فالإيلاء في حقها كالإيلاء في حق [الواقعة]^(٢) ، والتي لا أرب لها في الرجال [كالمشفقة]^(٣) .

فهذا بيان الأصل .

٩٤٤٠- ولو قال : « لا أصبتك [متى]^(٤) شئت » . قال الإمام^(٥) / : هذه اللفظة ١٣٧ ي

محتملة ، ويُرجع فيها إلى قوله : فإن قال : أردت بذلك تعليق اليمين على مشيئتها ، حتى إذا شاءت ، انعقدت اليمين والإيلاء ، فالأمر كذلك ، والفرق بين قوله : إن شئت وبين قوله متى شئت أن قوله : إن شئت يستدعي جوابها على الفور على ظاهر المذهب ، وقوله متى شئت يقبل التأخير ، كما قدمناه في مسائل الطلاق .

فإن قال الزوج : أردت بقولي : « لا أجامعك متى شئت » أني إنما أجامعك إذا

(١) ت ٢ : تاركة . وفاركة من الفِرْكة ، وهي البغضة بين الزوجين خاصة . وفعلها : فرك (بكسر العين) يفرك (بفتح العين) (المعجم) .

(٢) الواقعة : المحبة من ومق (بكسر العين) في الماضي والمضارع . ومقاً ومقة . (المعجم) .

(٣) ومعنى العبارة أن الإيلاء يستوي فيه كارهة زوجها التي تتمنى أن يهاجرها ولا يقربها ، والتي قعدت بها السن ، فلم يعد لها أرب في الرجال يستوي ذلك مع المشفوقة والواقعة العاشقة .

(٤) في الأصل : حتى .

(٥) قال الإمام : المراد هنا والده الشيخ أبو محمد ، كما صرح بذلك أحياناً ، وقد اعتبر الرافعي رضي الله عنه أن لفظ الإمام هنا يراد به إمام الحرمين نفسه ، كذا يفهم من عبارته في الشرح الكبير ، حيث قال : « قال الإمام : ولو قال : لا أجامعك متى شئت ، وأراد أني أجامعك متى أردت ، فلا يكون مولياً ، وإنما هو إعرابٌ عن مقتضى الشرع وحلف عليه . . . » وقد تابعه النووي في الروضة ، فحكى ذات المسألة على هذا النحو . وظني أنه وهم من الشيخين الجليلين حيث ظنا أن كلمة (قال الإمام) هي من كلام ناسخ (النهاية) وليس من كلام مؤلفها ، مع أن هذا غير معهود أبداً في (النهاية) .

ويؤيد ما أقول ويجعله قريباً من الجزم أن ابن أبي عصرون في مختصره (صفوة المذهب) حكى المسألة بلفظ : (قيل) وهو يلتزم عبارة الإمام وألفاظه ، لا يكاد يخرج عنها ، فلو كان هذا من كلام الإمام ما قال فيه (قيل) وإنما يقول ذلك فيما يحكيه الإمام عن غيره ، إذا لم يصرح بذلك الغير .

(ر . الشرح الكبير : ٢٢٢ / ٩ ، والروضة : ٢٤٤ / ٨ ، وصفوة المذهب : ٥ / ورقة : ٧٦

يمين) .

أردتُ لا إذا أردتِ ، فهذا ليس بالإيلاء وإنما هو إعراب عن موجب الشرع ومقتضاه ، وحلف عليه .

ولو أطلق الزوج هذا اللفظ ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أنه من الكنايات ؛ فإنه متردد بين الوجهين الذين ذكرناهما ، فإذا لم يكن نية ، فاللفظ لاغ .
ومن أصحابنا من قال : هو في الإطلاق محمول [على تعليق^(١)] عقد الإيلاء بالمشيئة ، حتى إذا شئت ، ثبت الإيلاء ، وإن كنا نصدق الزوج في حمله على المحمل الآخر ، وقد ذكرنا نظائر هذا في الألفاظ المطلقة والمتأولة في مسائل الطلاق .

ولو علق فعل الوطء بمشيئتها وأراد أنها مهما أبت أن يطأها ، فلا يطرؤها ، فليس بمولٍ ، وفي هذا المقام ينقدح مسلك مالك ؛ فإنه علق اليمين على اتباع مشيئتها في الوطء إقداماً وامتناعاً ، فإذا قال : والله لا أجامعك إن شئت ، فليس يعلق الوطء على مشيئتها ، وإنما يعلق عقد اليمين على مشيئتها ، ثم إذا انعقدت اليمين ، فلا أثر بعد ذلك لمشيئتها .

٩٤٤١- ثم قال الشافعي رضي الله عنه : « والإيلاء في الغضب والرضا سواء »^(٢) وقصد بذلك الرد على مالك^(٣) ، فإنه يقول : انعقاد الإيلاء يختص بحالة الغضب ؛ فإنَّ قصد المضاربة إنما يتحقق في حالة الغضب .

وهذا من ظنونه التي يبني على أمثالها مذهبه ، وهو بمثابة تخصيص الخلع بحالة المشاقّة ، ومذهبه في الخلع أقرب ؛ لأنه يتمسك في إثباته بظاهر القرآن ، وهو قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَفْقَهُمَا حَدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا . . . ﴾ [البقرة : ٢٢٩] والإيلاء غير مقيد بشيء من ذلك ، وليس في القرآن فصلٌ .

٩٤٤٢- ثم قال الشافعي : « وإن قال والله لا أقربك حتى أخرجك من البلد . . . إلى آخره »^(٤) .

(١) زيادة من (ت ٢) .

(٢) ر . المختصر : ١٠١/٤ .

(٣) ر . المنتقى للباقي : ٣٦/٤ ، مقدمات ابن رشد - بهامش المدونة : ٣٣١/٢ .

(٤) نفسه .

هذا يتحقق بالأسباب القريبة ، فإن الإخراج من البلد ممكن غير مستبعد ، فكأنه قال : « والله لا أجامعك في البلدة » ، فإن مضت أربعة أشهر ، فهل نجعله مولياً ؟ فيه القولان المقدمان : فإن قلنا : يصير مولياً ، وتتوجه الطلبة ، فإن أراد الزوج الخلاص ، فالوجه أن يخرجها من البلد ، وإذا أخرجها ، انقطعت الطلبة ؛ فإن اليمين لم يتناول هذه الحالة ، ولو وطئ ، لم يلزمه الكفارة ، وإذا انتهى إلى حالة لو وطئ ، لم يلتزم الكفارة ، فقد خرج في ذلك الوقت عن مطالبة الإيلاء ، وهذا مستبين لا غموض فيه .

فَبَيِّنْ : ٩٤٤٣- لو قال : إن جامعتك ، فعبدني حر ، فهو مولٍ على الجديد ، ولو قال : إن جامعتك ، فعبدني حر قبل مجامعتي إياك/ بشهر ، قال الأصحاب : ابتداء ١٣٧ ش المدة يقع بعد شهر ؛ فإنه لو فرض الجماع قبل الشهر ، لم يعتق العبد ؛ إذ^(١) لو قدرنا العتق ، لزم أن يتقدم على الوقاع بشهر ، ولو تقدم ، لكان العتق واقعاً قبل اللفظ ، وقد ذكرنا استحالة هذا . وإذا مضت أربعة أشهر من وقت اللفظ ، فلو قدرنا توجيه الطلبة ، لم يكن على قاعدة الإيلاء ؛ فإنه لا يلتزم بالوقاع - لو واقع - العتق بعد أربعة أشهر ، بل لو فرض الوقاع ، لوقع العتق بعد الأربعة الأشهر .

ولو باع العبد بعد انتصاف الشهر الخامس ، فالطَّلِبَةُ تتوجه بعد الشهر الخامس ؛ فإننا لو فرضنا وقاعاً بعد الشهر الخامس ، لاقتضى تقدّم العتق بشهر ، ولو تقدّم العتق بشهر ، لتبيّن بطلان البيع ، ويحصل بما ذكرناه شرط الإيلاء وعماده .

ولو باع العبد [و]^(٢) لم تتفق مطالبة الزوج والمسألة بحالها حتى مضى شهر كامل ، فلا وجه للمطالبة ، وقد انقطع أثر الإيلاء ، فإنه لو فرض الوطء ، لم ينعكس العتق على البيع ، ولم يُفَضَّ إلى بطلانه ، ولو اشترى العبد بعد البيع ، فيعود التفريع في عَوْد الحث ، وبحسبه يعود التفصيل في الإيلاء ، وقد تمهد لهذا فيما تقدم .

* * *

(١) هنا خرم قدر صفحتين من نسخة (ت ٢) .

(٢) الواو زيادة اقتضاها السياق .

باب الإيلاء عن نسوة

قال الشافعي : « وإذا قال لأربع نسوة : والله لا أقربكن . . . إلى آخره »^(١) .

٩٤٤٤- إذا قال لزوجاته الأربع : والله لا أجامعكن ، فالوجه أن نذكر ما يتعلق بالبر والحنث ثم نعود إلى حكم الإيلاء : فإذا قال : لا أجامعكن ، لم [يحصل]^(٢) الحنث بمجامعة ثلاث منهن ؛ فإن اليمين المعقود على أفعال لا يتحقق الحنث فيها بالبعض ، كما لو حلف لا يأكل أرغفة ، فإنه لا يحنث بأكل بعضها ، بل لا يحنث ما بقيت منها قطعة ، وهذا ممهد في الأيمان ، ومعناه واضح متلقى من موجب اللفظ ، ولو ماتت واحدة منهن ، انحلت اليمين ؛ فإنه يتحقق امتناع الحنث ، واسم الوطء في حنث اليمين وبرّها ينطلق على غشيان الحية^(٣) .

ولو قال : والله لا أجامع فلانة ، فماتت ، فاقترح المأثم وأناها ، لم يحنث .
هذا هو المذهب .

وحكى الشيخ أبو علي وجهاً غريباً أن البر والحنث يتعلّقان بوطء الميت .
وهذا بعيد لا تعويل عليه ، فلا خلاف أنه لو قال : والله لا أضرب فلاناً ، فضربه بعد الموت ، لم يكن ما جاء به الضرب الذي انعقدت اليمين عليه ، ولو وطئ واحدة ثم ماتت ، لم يقدح موتها بعد الوطء ، فإن وطئ الباقيات في حياتهن حنث .
ولو قال لنسوته : والله لا أجامعكن ، ثم طلق ثلاثاً منهن [فَبِنَ ثم زنا بهن]^(٤) ، ثم

(١) ر . المختصر : ١٠١/٤ .

(٢) في الأصل : يجعل ، والتصويب من المحقق .

(٣) أي على الغشيان حالة الحياة .

(٤) غير مقروء في الأصل ، والمثبت من مختصر ابن أبي عصرون ، أما (ت ٢) ، فقد ضلّلنا ، وذهبت بعيداً حيث قالت : « ثم طلق ثلاثاً منهن قبل قِرْبانهن » .

وطيء الرابعة ، حَنْثَ بوطئها ؛ فَإِن اليمين لا يختص بالوطء المستباح .

فهذا ما يتعلق بحكم البر والحنث ، ولا شك أنه إذا جامعهن ، لم يلتزم إلا كفارة واحدة ، فَإِن وطئهن ، حنث حنثاً واحداً ، واتحاد الكفارة/ وتعددتها يُتْلَقُ من ١٣٨ ي الحنث .

وإذا قال : لا أجامعكن ، فأتى بعضهن ، أو جميعهن في أدبارهن ، فالذي أراه أنه في حكم الحنث ، كالإتيان في المأتى ؛ فَإِن ذلك وإن كان يندر فعلاً ، فليس خارجاً عن عرف اللسان ، ولا يُرعى في الأيمان ما يجري العرف به عملاً ، وإنما يُرعى ما يعدّ مندرجاً تحت اللسان ، وسأصف عرف الأيمان في موضعه ، إن شاء الله عز وجل .

٩٤٤٥- ونحن نعود إلى حكم الإيلاء ، فنقول : إذا قال لنسوته : والله لا أجامعكن ، فالمنصوص عليه في الجديد أنه لا يثبت حكم الإيلاء في حق واحدة منهن ؛ فإنه لا يلتزم بجماع واحدة بعد الأشهر أمراً ، وفي المسألة قول قديم : أنه يصير مولياً ؛ فإنه بوطء واحدة يقرب من الحنث ، والقرب من الحنث في حكم أمر ملتزم ، وقد مهدنا هذا فيما تقدم - وإن فرعنا على الجديد - فلو وطئ ثالثاً صار مولياً عن الرابعة ، فيبتدىء بعد وطء الثالثة ابتداء المدة في إيلاء الرابعة ، فإذا انقضت ، فلها الطلبة ، [و]^(١) على القديم لكل واحدة منهن الطلب ؛ تعويلاً على القرب من الحنث ، ثم إن كان يطأ ، فلا يلتزم بوطء ثلاثٍ^(٢) إلا القرب من وقوع الحنث في حق الرابعة .

ولو ماتت واحدة قبل الوطء ، فالمذهب انحسام الإيلاء ؛ فَإِن الحنث بوطئهن صار مأيوساً عنه^(٣) .

وإن أبان واحدة منهن ، لم يرتفع الإيلاء في حق الباقيات ؛ لأن الحنث ممكن ، كما قدمناه ، نعم هذه البائنة لو عادت ، فهل يعود لها حكم الطلبة على ما يقتضيه التفرع على قولي الجديد والقديم ؟ فعلى قولي عود الحنث .

(١) زيادة من (ت ٢) .

(٢) ت ٢ : بوطء ثبت .

(٣) كذا في النسختين : و (عن) تأتي مرادفة لـ (من) .

ومن أحاط بما مهدناه في البر والحنث ، لم يخف عليه كيفية التفريع على القولين في مقتضى الإيلاء .

وقد نجز الغرض في هذه الصورة وهي إذا قال : « والله لا أجامعكن » ونحن نذكر بعد ذلك صورتين ، ونذكر بعدهما فرعاً لابن الحداد ، وعليه ينتج الباب .

٩٤٤٦- صورة : إذا قال لنسوته الأربع : والله لا أجامع واحدة منكن ، فهذا يستعمل على وجهين : أحدهما - على اقتضاء التعميم .

والثاني - على تخصيص الإيلاء بواحدة منهن .

فإن قال : أردت التعميم ، فهذه اللفظة فيها لطيفة يجب فهمها ، ثم الخوض بعدها في الفقه ، فلو قال : لا أجامعكن ، فهذا يقتضي حصول الجماع في جميعهن ، واللفظ على هذا الوجه يعمن بتأويل اقتضاء اجتماعهن ، حتى لا يحصل الغرض بمجامعة بعضهن ، فهذا معنى في العموم .

وإذا قال : لا أجامع واحدة منكن على إرادة العموم ، فهذا عمومته على معنى آخر ، فإن اليمين متعلقة بأحادهن . هذا هو وجه في العموم ، ولا يقتضي تحقق الحنث وطء جميعهن ؛ من جهة أنه قال : لا أجامع واحدة^(١) منكن ، والمعنى جميعهن ، مع تنزيل اليمين على كل واحدة^(١) على طريق البدل .

فإذا فهم هذا المعنى ، انبنى عليه أنا نجعله مولياً عن كل واحدة منهن ؛ من جهة أنه لا يقدم على وطء واحدة بعد الأربعة الأشهر إلا ويلتزم الكفارة بغشيانها ، للمعنى الذي نبهنا عليه ، ولو وطئ واحدة منهن/ وحنث وألزمناه الكفارة ، فتنحل يمينه ، ش ١٣٨ ويسقط حكم الإيلاء في حق الباقيات ؛ لأنه بوطء واحدة خالف جميع قوله : « لا أجامع واحدة منكن » فافتضى ذلك انحلال اليمين ، وإذا انحلت ، سقط أثرها في مقتضى الإيلاء .

فإن قيل : أستم قلتم : إنه مولٍ عن كل واحدة ؟ قلنا : نعم هو كذلك ، ولكن

(١) ما بين القوسين سقط من (ت ٢) .

على طريق البدل ، فهذا فيه معنى العموم ، وفيه معنى التخصيص ، ثم جملة اليمين تنحلّ إذا وطئ واحدة .

٩٤٤٧- وهذا يبين بصورة أخرى^(١) تناقض هذه الصورة ، وهو أنه لو قال : والله لا أجامع كل واحدة منكن ، فهذا يتضمن تخصيص كلّ واحدة بالإيلاء على وجه لا يتعلق بصواباتها ، حتى كأنه أفرد كل واحدة بيمين على حيالها .

ونقل^(٢) بعض النقلة عن القاضي أنه جعل قوله : لا أجامع كل واحدة^(٣) بمثابة قوله : لا أجامع واحدة منكن ، حتى قضى بأن اليمين تنحلّ بوطء واحدة^(٣) .

وهذا خطأ صريح ، والخطأ محال على الناقل ؛ فإن القاضي أعرف بالعادات وصيغ العبارات من أن يقول هذا .

فإذاً الألفاظ المدارة في الباب ثلاثة : أحدها - أن يقول : لا أجامعكن ، فالحنث لا يحصل إلا بجماع جميعهن .

والثاني - أن يقول : لا أجامع واحدة منكن ، وهو يبغي التعميم الذي فسرناه ، فهذا تعميم على البدل ، ويحصل الحنث بأول امرأة يجامعها .

والثالث - أن يقول : لا أجامع كل واحدة ، وهذا يوجب انعقاد اليمين في حق كل واحدة ، على وجه لا يتعلق حكمها بحكم غيرها ، وموجب ذلك أن الحنث لا يحصل في حق الجميع بوطء الواحدة .

٩٤٤٨- ولو قال : لا أجامع واحدة منكن وزعم أنه أراد الإيلاء عن واحدة من جملتهن ، فهذا مقبول ؛ فإن اللفظ صالح لهذا ، ثم يقال له : أعيتتَها بقلبك أم لا ؟ فإن زعم أنه عيتَها ، قلنا له : بيتها ، والمذهب أنه يطالب بتعيينها ، كما يطالب بتعيين المطلقة وتبيينها إذا أبهم طلقاً بين النسوة .

وذكر الشيخ أبو علي وجهين : أحدهما - ما ذكرناه .

(١) هذه هي الصورة الثانية التي وعد بها الإمام آنفاً .

(٢) ت ٢ : ونقض .

(٣) ما بين القوسين سقط من (ت ٢) .

والثاني - أنه لا يطالب بالبيان ، ولا يُحمل عليه بخلاف الطلاق ، والفرق أن المطلقة خارجة عن النكاح ، فضبطها^(١) في حباله النكاح من غير نكاح ممنوع ، وليس كذلك الإيلاء ؛ فإن المرأة لا تصير خارجة عن رتبة النكاح بالإيلاء ، فليس في حبسها في حباله النكاح ما يخالف وضع الشرع .

ثم لو ادعت واحدة منهم أنه عنها ، فيجب عليه أن يجيب عن دعواها ، والخلاف الذي ذكرناه فيه إذا اعترف بالإشكال ، فإذا ادعت واحدةً أنه عنها ، طوبى بالجواب ، فإن قال : لم أعنها ، حُلف ، فإن نكل ، رُدَّت اليمين ، والتفريع في فصل الخصومة كما تقدم في الطلاق ، فلا نعيد تلك التفاصيل .

ولو قال الزوج : « لا أدري » ، لم نقنع منه بهذا ، وهذا مما تقرّر في إبهام الطلاق ، فلم نؤثر إعادته .

ي ١٣٩ م- ٩٤٤٨/م- ومما يتعلق بالمسألة/ أنه لو كان قال : والله لا أجامع واحدة منكن ، ثم زعم أن لفظه مطلق ، وأنه لم يخطر له لا معنى العموم على التفسير المقدم فيه ، ولا تخصيصٌ واحدة على تأويل إبهام الإيلاء ، فقد ذكر الشيخ أبو علي وجهين : أحدهما - أن مطلق لفظه يُحمل على عقد اليمين على جميعهن على التأويل المقدم .
والوجه الثاني - أنه يُحمل على الإبهام .

والمسألة محتملة ، وقد ذكرنا قاعدة أمثال هذه المسائل في كتاب الطلاق ، فإذا حملنا مطلق اللفظ على العموم ، فقد بان حكمه ، وإن حملناه على الإبهام ، فليثبت الناظر في معناه ، فإن من أبهم طلبة ، ولم يُعيّن بقلبه قلنا له : عيّن باختيارك تشهياً ما شئت ، فإذا أبهم الإيلاء ، ولم يُعيّن بقلبه - وهكذا يكون الأمر إذا حملنا المطلق عليه - فكيف الوجه ؟ وما السبيل ؟ هذا ينبني على أنه هل يطالب بالتعيين ؟ فإن قلنا : إنه يطالب به ، فليعيّن واحدةً ، كما مهدناه في الطلاق .

ثم ينتظم عليه أن مدة الإيلاء من وقت التعيين ، أو من وقت اللفظ ؟ ففيه وجهان قدمنا نظيرهما في إبهام الطلاق ، حيث قلنا : إن الطلاق يقع عند التعيين أو يستند إلى

(١) ضبطها : بمعنى إمساكها وحبسها .

اللفظ ، وهذا كذلك ، فإن جعلناه مولياً من وقت التعيين ، فابتداء المدة من ذلك الوقت ، وإن جعلناه مولياً من وقت اللفظ تبييناً^(١) ، فابتداء المدة من اللفظ ، ولا يخرج هذا على [اختلاف ذكرناه]^(٢) في العدة ؛ فإن [المدة قد لا يُعتدّ بها]^(٣) مع التباس الحال ولا يظهر مثل ذلك الأصل هاهنا .

وقد نجز الكلام في الصورتين الموعودتين .

فرع^(٤) لابن الحداد :

٩٤٤٩- إذا كان للرجل امرأتان ، فقال : إن وطئت إحداهما ، فالأخرى طالق ، فلا يخلو من أن يعين بقلبه واحدة منهما ويريدها بالإيلاء ، فإن كانت المسألة كذلك ، فالإيلاء يثبت في حق تلك المعينة بالقلب دون الأخرى ، فإذا انقضت المدة والأمر مبهم عندنا ، قال ابن الحداد : إذا رفعنا الزوج إلى القاضي قال له القاضي : فيء وخالف يمينك ، فإن فاء ، فذاك ، وإن أبى ، قال ابن الحداد : يُطلق القاضي إحدى امرأتيه على الإبهام . وفرع على أن القاضي يطلق .

وقد قال [القفال]^(٥) : هذا غلط صريح من قول ابن الحداد ؛ فإن تطليق القاضي يترتب على صحة الدعوى ، ومسألة ابن الحداد مفروضة فيه إذا كانتا معترفتين بالإشكال ؛ إذ لو كانت المولى عنها معينة بقلبه ، لدارت الخصومة في محاولة التعيين ، كما نبهنا عليه ، وأحلناه على ما قدمناه في الطلاق . فإذا قال ابن الحداد :

(١) ت ٢ : تعينا .

(٢) في الأصل : على اختلاف أمر ذكرناه . والمثبت عبارة (ت ٢) .

(٣) في النسختين : « فإن العدة قولاً يعتد بها » وهو تصحيح عجيب اجتمعت عليه النسختان ، والمثبت تصرف من المحقق ، وهو صحيح - إن شاء الله - يشهد لذلك عبارة العز بن عبد السلام في مختصره ، فقد قال ما نصّه : « فابتداء المدة من حين الإيلاء أو من حين عيّن ؟ فيه وجهان ؛ فإن جعل من حين الإيلاء لم يخرج على الخلاف في العدة ، إذا أبهم الطلاق ؛ فإن العدة قد لا تنقضي مع الإشكال ، بخلاف مدة الإيلاء » ا . هـ . (ر . الغاية : ٣ / ١٧٤ شمال) .

(٤) ت ٢ : فصل لابن الحداد . وهو مخالف لقول الإمام أنفأ : « ونذكر فرعاً لابن الحداد » .

(٥) في الأصل : قال الفقهاء ، والمثبت من (ت ٢) ، ومن (صفوة المذهب) ومن (الغاية) ، وأيضاً (الشرح الكبير) .

يبهم القاضي الطلاق ، دلّ أنه فرض المسألة في اطراد الإشكال ، وإذا كان كذلك ، فلا تصح الدعوى من واحدةٍ منهما ، وهي [معترفة بأنها]^(١) لا تدري أن الزوج عنها أم لا ، وهذا بمثابة ما لو قال رجلان : لأحدنا عليه ألفُ درهم ، فالدعوى لا تسمع على ١٣٩ هذا الوجه ، إلا أن تكون مجزومةً ، وكذلك لو قالت/ امرأة : آلى عني زوجي أو ضربني ، أو قالت : آلى عني أو شتمني ، فلا تسمع الدعوى على هذا الوجه .

وهذا الاعتراض متجّهٌ جداً ، والعجب أن الشيخ أبا علي مع انبساطه في الإتيان بكل ما قيل ، وهو من أقدم أصحاب القفال ، نقل جواب ابن الحداد ، ولم يورد اعتراض القفال عليه ، ولم يعترض هو من تلقاء نفسه ، وأخذ يفرع^(٢) على مذهب ابن الحداد بما سنذكره .

فإن قيل : هل يتوجه مذهب ابن الحداد ؟ قلنا : نعم ، الممكن فيه أن المرأتين إذا اعترفتا بالإشكال ، فالضرار قائم على الإبهام ، فإذا امتنع عن الفئته ، فلا سبيل إلى إهمال الواقعة ، ولا سبيل إلى تعيين الطلاق ، فلا ينطبق على صورة الحال إلا ما ذكره . وهذا هو الممكن ، ثم إذا وقع الطلاق من جهة القاضي مبهماً ، فالتعيين إلى الزوج ، فإن كان عين بقلبه واحدة ، صادفها الطلاقُ ، فعليه التبيين ، وإن لم يعين بقلبه واحدةً عند إبهام الإيلاء ، فعليه التعيين الآن للطلاق .

٩٤٥٠- فلو قال : ارتجعت من طلقت ، فهل تصح الرجعة على الإبهام ؟ فعلى وجهين ذكرهما الشيخ أبو علي : أحدهما - أنها تصح بناء على الطلاق .

والثاني - لا تصح ؛ فإن الرجعة استحلال مضاهٍ لعقد النكاح ، فلا يليق بها الإبهام ؛ إذ الإبهام يناظر التعليق ، فما لا يصح تعليقه لا يصح إبهامه ، ولذلك أثرت الجهالة في صحة الإبراء [لمّا]^(٣) امتنع تعليقه ، وهذا هو السديد . وإن قلنا : تصح الرجعة مبهماً ، فلا كلام ، وإن قلنا لا تصح ، فالوجه أن يعين المطلقة أولاً . ثم يبنى على تعيينها الرجعة .

* * *

(١) في الأصل : معترضة فإنها .

(٢) ت ٢ : يفرض .

(٣) في الأصل : كما .

باب

على من يجب التوقيف في الإيلاء وعمن يسقط^(١)

قال الشافعي رضي الله عنه : « لا نعرض للمولي ، ولا لامرأته حتى يطلب الوقف . . . إلى آخره »^(٢) .

٩٤٥١- إذا آلى الرجل عن امرأته ، فلا طَلَبَة في الأربعة الأشهر ؛ فإنه مُمَهَّل فيها ، فإذا انقضت ، فلها رفع زوجها إلى مجلس القضاء ، ولو لم تطلب حقها ، فلا معترض عليها ؛ فإنها صاحبة الحق ، وهذا يؤكد أن الزوج لا يطالب بالتعيين ؛ فإن النكاح قائم .

وينفصل هذا عن صورة الإبهام انفصلاً بيناً ؛ فإن الخلاف فيه إذا طلبت المراتان التعيين لتتوصل صاحبة الحق إلى طلب حقها ، فلو انقضت المدة ، فذكرت أنها راضية بالمقام تحت زوجها المولي مع استمراره على الإضرار بها ، فمهما أرادت المرأة أن تعود إلى الطلب ، كان لها العود ، وهذا كما إذا أثبتنا لها حقَّ الفسخ لسبب الإعسار بالنفقة فرضيت بمصابرة زوجها على الضَّرِّ والعسر ، ثم بدا لها ، فأرادت العود إلى الفسخ ، فلها ذلك .

ولو ثبتت العنة وانقضت المدّة المضروبة أجلاً للعنين ، فرضيت المرأة بالمقام ، ثم أرادت أن تفسخ ، فليس لها ذلك ، وإنما فرضنا الكلام في العنة عند قصد الاستفراق^(٣) ؛ لأن العنة من وجهٍ ليست عيباً محضاً ، فيقال : الرضا بها رضاً بالعيوب/ ، والدليل على ذلك أن الزوج لو اعترف بالعنة في ابتداء المرافعة ، فإننا نمهله ١٤٠ ي

(١) ت ٢ : فصل (مكان باب) .

(٢) ر . المختصر : ١٠٣/٤ .

(٣) الاستفراق : طلب الفراق .

٤٤٢ ————— كتاب الإيلاء / باب على من يجب التوقيف في الإيلاء وعمن يسقط

مع ذلك سنة ، ومع ما ذكرناه [من] ^(١) الفرق ما أجريناه ^(٢) من أنها إذا رضيت بمصاهرة الزوج على الضرار ^(٣) ، فليست راضيةً بصفة كائنة ، وإنما تُسقط حقها في الحال ، فإن تعرضت للإسقاط في المستقبل ، كانت مسقطه حقاً لم يدخل وقته ، وإسقاط الحق قبل ثبوته غير سائغ ، وكذلك القول في رضا زوجة المعسر بمصاهرة العسر ، والتعذر في النفقة يتعلق بحق النفقة ، والنفقة تجب شيئاً شيئاً .

كذلك مطالبة الزوج بالفيئة تتعلق بطلب الوقاع ، وهو مرتبط بما سيكون من الاستمتاع في مستقبل الزمان ، وأما العنة ؛ فإنها عيبٌ ، فإذا رضيت به ، لم تجد سبيلاً إلى الرجوع ؛ فإن العنة خصلة ^(٤) واحدة .

فإن عورضنا ، وقيل لنا : العسر والضرار في النفقة والوطء ^(٥) في حكم الخصلة الواحدة ، قلنا : ليس الأمر كذلك ؛ فإنه منبسطٌ على الأوقات لتعلقه بالحقوق المتجددة على مرّ الأوقات ، وإذا حُقق العسر ، لم يكن له معنى إلا عدم النفقة ، وليس ذلك صفة ^(٦) ثابتة ، بخلاف العنة ؛ فإنها عجزٌ .

٩٤٥٢- ثم حق المطالبة في الإيلاء لا يثبت إلا للزوجة ، فإن كانت من أهلها ^(٧) ، فالأمر مفوض ^(٨) إليها ، وإن كانت صغيرة ، لم [ينب] ^(٩) عنها وليها ، كما ذكرناه في باب العنة ، وحق الطلب للأمة المنكوحة دون مولاها ، والقول في حق الفسخ إذا أثبتناه بعذر الإعسار قد يدق مدركه إذا قلنا : حق الفسخ للأمة دون المولى ، مع تعلق

(١) زيادة من المحقق .

(٢) عبارة ت ٢ : ومع ما ذكرناه الفرق مع ما أجريناه .

(٣) الكلام هنا عن زوجة المولى التي رضيت بمصاهرته .

(٤) ت ٢ : فإن السنة حصوله . (وهو تحريف واضح) .

(٥) والوطء معطوف على النفقة ، والضرار في الوطاء هو الإيلاء كما هو واضح من السياق ، وهو كما يصور الإمام مشبه بالضرار في النفقة ، ومصاهرة زوجة المعسر ورضاها أولاً ثم حقها في معاودة طلب الفسخ ثانياً .

(٦) ت ٢ : ضربة .

(٧) من أهلها : أي المطالبة .

(٨) ت ٢ : مفروض .

(٩) في النسختين : يثبت .

كتاب الإيلاء / باب على من يجب التوقيف في الإيلاء وعمن يسقط ————— ٤٤٣

هذا بصلاح ملك المولى ؛ فإن الزوج إذا لم ينفق ، احتاج السيد إلى الإنفاق استبقاءً للملك ، ومع هذا لم يثبت الأصحاب له حق الفسخ ، وفي هذا مباحنة وتشعيبٌ للكلام سنذكره في كتاب النفقات ، إن شاء الله عز وجل .

٩٤٥٣- ثم ذكر المزماني فصلاً قدمنا ذكرها ، فنرمز إليها للجريان على ترتيب (السواد) : منها : أن الإيلاء إذا كان معقوداً على مدة ، فحقها أن تكون زائدة على الأربعة الأشهر ، خلافاً لأبي حنيفة^(١) ، وسبب الخلاف تباین المذهبين في وضع الإيلاء ، فإن [وضعه]^(٢) عند الشافعي على أن المولي يمهّل حتى يرجع عن المضارة في المدة المعلومة ، والمدة بجملة لها ؛ فإنها مهلة وأجله^(٣) ، وليس الإيلاء طلاقاً ، وإنما هو إظهار مضارة ، فإذا انقضت المدة ، تحقق إصرارٌ على المضارة فتتوجه^(٤) عليه الطلبة ، ولا بد من فرض الطلبة وراء المدة ، ولا بد للطلبة من مدة ، فهذا عقد مذهب الشافعي رضي الله عنه .

وأبو حنيفة جعل الإيلاء طلاقاً معلقاً بانقضاء مدة ، فاكتمل بأربعة أشهر . ثم الأمر الخارج عن كل معقول قضاؤه بأن الطلاق الواقع بائن^(٥) ، ولعله صار إلى هذا من جهة تخليصها ؛ فلا تخليص إلا بالبينونة ، والرجعية مستحالة عنده .

٩٤٥٤- ومما ذكره المزماني : « أنه إذا حلف بطلاق [امراته]^(٦) أنه لا يطاق الأخرى ،

فهو مولٍ » في الجديد ، ثم القول في / تفاصيل المسألة وما يتعلق بها من التفريع على ١٤٠ ش قولني عود الحنث مستقصى ، لا حاجة إلى إعادته على قرب العهد به .

(١) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٤٧٣/٢ مسألة ٩٩٨ .

(٢) في الأصل : موضوعه ، وفي ت ٢ : موضعه ، والمثبت تصرف من المحقق على ضوء العبارة السابقة لهذه الجملة .

(٣) ت ٢ : مهلة واحدة .

(٤) ت ٢ : متوجه عليه للطلبة .

(٥) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٤٧٣/٢ مسألة ٩٨٩ ، المبسوط : ٢٠/٧ ، مختصر الطحاوي : ٢٠٧ .

(٦) في النسختين : امرأته . والتصويب من نص المزماني في المختصر : ١٠٣/٤ .

٤٤٤ _____ كتاب الإيلاء / باب على من يجب التوقيف في الإيلاء وعمن يسقط

٩٤٥٥- ثم قال : « والإيلاء يمينٌ لوقتٍ ، فالحر والعبد فيه سواء »^(١) ، وأراد بهذا أن الزوج إذا كان عبداً ، فمدة إيلائه أربعة أشهر ، كما لو كان حراً ، وخالف في ذلك أبو حنيفة^(٢) ومالك^(٣) غير أن أبا حنيفة يقول : يختلف الأمر برقها وحريتها ، فلو كانت حرة ، فالمدة أربعة أشهر وإن كان الزوج عبداً ، وإن كانت الزوجة أمة ، فشهران وإن كان الزوج حراً . وعند مالك الاعتبار برقه وحرته .

وقول الشافعي : الإيلاء يمين : معناها أنها يمين عُلقَت بوقت شرعاً ، فكانت كما لو علقها الحالف بالوقت ، ولو كان كذلك لم يؤثر الرق والحرية .

٩٤٥٦- ثم ذكر اختلاف الزوج والزوجة في انقضاء مدة الإيلاء^(٤) ، وأبان أن حقيقة الاختلاف في هذا يرجع إلى التنازع في وقت الإيلاء ، والقول قول الزوج في وقت الإيلاء ؛ [فإن المرأة إذا ادعت انقضاء المدة ، و]^(٥) الزوج قال : بل مضى شهران ، فكأنها ادعت تقدم إيلائه وهو منكر ، وقد قدمنا نظير هذا في كتاب الرجعة .

٩٤٥٧- ثم ذكر أنه لو آلى عن الرجعية ، ثبت الإيلاء^(٦) ؛ فإن الرجعية في حكم الزوجات ، وأثر هذا أنه لو ارتجعها ، احتسبنا المدة من وقت الارتجاع .

ولو قال لأجنبية : والله لا أجامعك ، ثم نكحها ، فلو جامعها ، لحنت . ولا يكون مولياً ، وإن كان يلتزم بالوقوع بعد أربعة أشهر أمراً ؛ لأنه أنشأ الإيلاء في وقت انتفاء النكاح ، وحق الطلب في الإيلاء مردّد بين الوطء والطلاق ، وهذا خاصيّة الإيلاء ، [فلا]^(٧) ينعقد الإيلاء في وقت لا نكاح فيه ، والرجعية منكوحة ، أو على علقَةٍ صالحة من الزوجية .

(١) ر . المختصر : ١٠٥/٤ ، والعبارة في النسختين مقلوبة هكذا : واليمين إيلاءً لوقت .

(٢) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٤٨٠/٢ مسألة : ١٠١٠ ، المبسوط : ٣٢/٧ ، مختصر الطحاوي : ٢٠٧ .

(٣) ر . الإشراف للقاضي عبد الوهاب : ٧٦٢/٢ ، والمتقى للباجي : ٣٧/٤ .

(٤) ر . المختصر : ١٠٥/٤ .

(٥) ما بين المعقفين ساقط من الأصل . وزدناه من (ت ٢) .

(٦) ر . المختصر : ١٦٥/٤ .

(٧) في النسختين : لم .

والذي يجب نظمه في هذا الفصل أن الطلاق حرّمها ، فاقترضى ذلك انعزالها للعدّة واستبراء الرحم ، ونصّ الشافعي رضي الله عنه في إيجاب المهر أصدق شاهد على زوال الملك ، وإن كان عرضة الاستدراك ، والتوريث أصدق شاهد في بقاء النكاح ، وإن تكلفنا ، قلنا : الإرث يستقل^(١) بعلاقة ثابتة ؛ فإنه لا يجري إلا بعد النكاح .

وكأننا نقول : ليست البائنة على علقه من النكاح ، وعدّة البينونة ليست من علائق النكاح ، ولهذا لا تثبت فيها النفقة للحائل^(٢) ، والرجعية على علقه من النكاح ، [ولهذا تستحق^(٣) النفقة ، ويحرم نكاح أختها في عدتها ، ونكاح أربع سواها للعلاقة المستقرّة في طريقه ، أو للنكاح القائم ، وإذا كان تحريم الجمع متعلقاً بالنكاح ، لم يبعد أن يتعلق بالعلاقة المختصة به .

وهذا بمثابة امتناع الإحرام بالعمرة مع ملابس الحج ، ثم المقيم بمنى أيام منى ليس في الإحرام ، ولكنه في نسك تابع للإحرام مُفدٍ لو تركه^(٤) ، فامتنع ابتداء الإحرام في الأيام المشتملة على تلك المناسك ، فأما الإيلاء عن الرجعية ، فمعتمده النكاح نفسه إن قلنا : إنها منكوحة أو العلقه القائمة/ المسلّطة على الردّ إلى عين النكاح الأول ، ١٤١ ي وهذا لا يتحقق في البائنة .

* * *

(١) ت ٢ : يشتغل .

(٢) ت ٢ : ولهذا تثبت فيها النفقة للحامل .

(٣) في الأصل : ولهذا لا تستحق النفقة .

(٤) ت ٢ : مانع للإحرام مبرئ لو نزل .

باب الوقف في الإيلاء

٩٤٥٨- ذكر المزماني مسائل هذا الباب على غاية الاختلاط ، ووقعت له غلطات في النقل والترتيب ، ونحن نرى من الرأي أن نصدر الباب بفصلين : أحدهما - مشتمل على موانع من الوطء فيه وفيها ، ثم القول يتردد في أحكامها على ما سنوضحه .
والفصل الثاني - في المطالبة بعد المدة وما يمنع منها .

فأما الفصل الأول

٩٤٥٩- فإننا نقول : الطلاق يقطع مدة الإيلاء ، وإن كان رجعيًا ، فليقع الاعتناء به ، ثم لا يخفى حكم الطلاق البائن ، فإذا آلى الرجل عن امرأته ، وخاض في المدة ، ثم طلقها في أثناء المدة ، انقطعت المدة ، فإذا راجعها^(١) ، فلا بناء على ما مضى من المدة ، ويستفتح مدة جديدة بعد الرجعة ، فإذا مضت ، ثبتت الطلقة بعدها ، ولو انقضت المدة ، فطلقها ، ثم راجعها ابتدأ مدةً ، فإذا مضت بكمالها ، عادت الطلقة ، وقد قررنا هذا وأوضحنا فقهه .

فالطلاق إذاً يقطع المدة ، ويُسقطها حتى لا يُفرض البناء على السابق منها ، فإذا جرى بعد المدة ، ثم فرضت الرجعة فالإيلاء قائم ، ولكن لا بد من افتتاح المدة مرة أخرى .

٩٤٦٠- والردة إذا فرضت في ممسوسة أو في زوجها ، فهي كالطلاق الرجعي في جميع ما ذكرناه ، فتقطع المدة قطع إسقاط يمنع البناء ، وإذا زالت الردة في مدة العدة ، فلا بناءً ، بل نبتدىء المدة .

وهذا متفق عليه بين الأصحاب ، وإن كنا نبيّن أن الردة إذا زالت قبل انقضاء

العدة ، فكأن النكاح لم ينخرم ، بخلاف الطلاق ؛ فإن الواقع منه لا يزول بالرجعة ، ولكن لما كانت الردة مؤثرة على الجملة في إزالة الملك ، كانت قاطعة للمضارة بترك الوطء ، والتعويل على إظهار المضارة ، فإذا فرض عودٌ ، فهذا جرى قبل انقطاع قصد المضارة بترك الوطء مع استمرار الحل .

وليست الردة كالإحرام ؛ فإنه ليس إعراضاً عن النكاح ؛ إذ النكاح في أصل الوضع يدوم معه ، وهذا الفقه واقعٌ لمن تأمل .

وإذا انقضت مدة الإيلاء ، فارتد أحد الزوجين ، ثم زالت الردة ، واستمر النكاح ، كان ذلك بمثابة الطلاق الرجعي إذا طرأت الرجعة بعده ، فلا بد من استئناف مدة ، وهذا من المسائل التي تحفظ في هذا الكتاب ، وهي : مولٍ يتجدد إيلاؤه ، ولا يطرأ طلاقٌ ولا فيئة ، فتتقضي أربعة أشهر فتضرب أربعة أخرى ، وذلك إذا آلى ، فمضت المدة ، فارتد أو ارتدت ، ثم فرض العود على الفور .

فهذا بيان الطلاق والردة .

٩٤٦١- فأما ما عداهما من الموانع ، فينظر فإن كان فيه كمرضٍ أو غيره من حبسٍ ، أو غيبةٍ ، والموانع فيه تنقسم إلى الحسي والشرعي فالحسية منها ما ذكرناها وأمثالها ، والشرعية كالأحرام والظهار ونحوهما ، وكل مانع في^(١) جانبه فلا يمنع الاحتساب ١٤١ش بالمدة ، فإذا طرأت هذه الموانع في وقت الطلبة^(٢) ، فسنذكر في الفصل الثاني تحصيل القول في الطلب ، وغرضنا الآن مقصورٌ على الكلام في انقطاع المدة واستمرارها ، فإذا اطردت الموانع عليه بعد المدة ، ثم زالت ، حقت الطلبة ، وإذا كانت لا تقطع المدة لا توجب ابتداء المدة .

٩٤٦٢- فأما إذا كانت الموانع فيها ، فهي تنقسم إلى الطبيعية والشرعية ، فإذا كانت محبوسة أو مجنونة لا يتأثر غشيانها ، أو كانت من الصغر بحيث لا تحتمل الجماع ،

(١) ت ٢ : من .

(٢) ت ٢ : الطلقة .

أو امتنع^(١) وقاعها للذَّنْف^(٢) أو الضَّنْيُ ، أو نشزت وامتنعت من التمكين ، فجملة هذه الموانع تقطع المدة ، وتمنع الاحتساب بها معها ، وإذا اقترنت بالإيلاء ، لم نبتدىء المدة .

والسبب فيه أن الإيلاء إظهار الضرر بالامتناع عن وطئها إذا لم يكن فيها مانع ، وإذا كان وأمكنك الإحالة على ما فيها من المانع ، فلا وجه لتحقيق المضارة .

ثم هذه المعاني فيها إذا طرأت وقطعت المدة ، ثم زالت ، فهل تستأنف المدة أم يُبنى عليها ؟ فعلى وجهين : أحدهما - يبنى عليها ، حتى لو كان طراً مانع فيها بعد مضي ثلاثة أشهر ثم زال ، فلا مهل أكثر من شهر .

والوجه الثاني - تستأنف المدة بعد ارتفاع العوارض أربعة أشهر .

توجيه الوجهين : من قال بالبناء ، قال : لم يطرأ ما يخرم الملك^(٣) ، ولكن امتنع الاحتساب بالمدة ؛ إذ لا تمكين^(٤) ، فإذا زال المانع ، فليس إلا استكمال المدة .

ومن قال بالوجه الثاني ، احتج بأن [المضارة]^(٥) إنما تتحقق إذا تابعت أزمانها ، ولم نجد لها مستنداً إلا امتناع الزوج ، وهذا يوجب افتتاح المدة .

ولو طرأت هذه الموانع بعد المدة ، فلا شك أنها لا تطالب مع قيام المانع ، فإذا زال ، فهل يعود الطلب أم نبتدىء مدة ؟ المذهب المبتوت أنها تعود إلى الطلب ؛ فإن المضارة قد تحققت ولاءً في أربعة أشهر ، وليس كما لو طرأ المانع على المدة .

وأبعد بعض الضعفة ، فقال : إذا قلنا : تستأنف المدة ، وقد طرأ المانع^(٦) على المدة ، فكذلك تستأنف المدة إذا طرأ المانع^(٦) بعد المدة وزال .

هذا عقد المذهب في الموانع القاطعة والمانعة .

(١) ت ٢ : امتناع .

(٢) الذَّنْف : بفتحين : المرض المثلث ، ومثله الضَّنْيُ (المعجم) .

(٣) ت ٢ : من قال بالبناء ما لم يخرم الملك .

(٤) ت ٢ : لا يمكن .

(٥) في الأصل : المضاربة .

(٦) ما بين القوسين ساقط من (ت ٢) .

٩٤٦٣- ونحن نذكر بعد ذلك قولاً غريباً حكاه صاحب التقريب ، وغلطاً للمزني في النقل ، ومباحثةً تتعلق بتعليل^(١) المذهب .

فأما ما حكاه صاحب التقريب ، فقد نقل قولاً غريباً عن البويطي عن الشافعي رضي الله عنه : أن الزوج إذا كان متمكناً من الوطء في ابتداء المدة ، ثم طرأ مرضها بعد مضي زمان الإمكان ، فهذا لا يمنع [احتساب المدة ، ولو كانت مريضة مع ابتداء المدة مرضاً مانعاً ، فلا تحتسب المدة حينئذ]^(٢) ؛ فإنه أنشأ اليمين وهو يصادف منها مانعاً ، فأما إذا عقد اليمين على المضاربة والتمكين مقترن ، فلا التفات على ما يطرأ . وهذا غريب لا تعويل عليه .

٩٤٦٤- وأما غلط المزني فقد نقل : « أن المولي / إذا حُبس ، لم تحسب عليه ١٤٢ ي المدة ، زمان^(٣) حبسه ، ثم اعترض ، فقال : قد نص على أنه لو مرض مرضاً مانعاً ، حسب عليه المدة ، فزمان حبسه بذلك أولى^(٤) » .

فقال الأصحاب : الخطأ منك^(٥) في النقل ، وإنما تعترض على نفسك ، وقد صادف الأصحاب نص الشافعي في كتبه جازماً^(٦) بأن مدة حبس الزوج محسوبةٌ .

٩٤٦٥- وأما المباحثة فلو قال قائل : إذا تحقق المانع في الزوج ، فهلاً عذر ؛ فإن المعتمد إظهار الضرر ، وإذا تحقق المنع فيه ، لم تظهر المضاربة .

ولم يصبر أحدٌ من الأصحاب إلى تصديق المزني في نقل نص الحبس ونص المرض على مناقضته ، والمصير إلى إجراء^(٧) القولين بالنقل والتخريج ، ولو قال

(١) ت ٢ : بتعليل .

(٢) ما بين المعقفين زيادة من (ت ٢) .

(٣) ت ٢ : فإنه حبسه .

(٤) ر . المختصر : ١٠٨ / ٤ .

(٥) الخطاب للمزني من الأصحاب .

(٦) ت ٢ : جارياً .

(٧) ت ٢ : أحد القولين .

قائل بذلك ، لكان قريباً ، ولكن^(١) التعويل على النقل .

والممكن في الانفصال عما ذكرناه أن الإيلاء صدر منه ، فإذا انقضت المدة والمانع قائم ، فلسنا نردده بين الوطء والطلاق ؛ بل نكتفي منه بالفيئة باللسان ، كما سنصفه على أثر ذلك ، فليفيء بلسانه ؛ فإن هذا لا امتناع فيه ، وإذا كان الإيلاء ينعقد والمدة تجري ، والمطلوب بالأخرة للسان ، فلا تنقطع المدة على هذا القياس وطريان المانع على الزوج ، ولا يمتنع ابتداء المدة باقتران المانع به .

فأما إذا كان المانع فيها ، فليس من جهته أبداً مضارة ، وليس تخلو محاولة الفصل بين المانعين عن إشكال لا يخفى دركه على الفهم المنصف .
وقد نجز تفصيل القول في الموانع .

[الفصل الثاني]

فأما الفصل الثاني وهو الكلام في المطالبة بعد انقضاء المدة .

٩٤٦٦- فإذا لم يكن مانع ، وأرادت المطالبة بعد المدة ، ورفعت زوجها إلى القاضي وطالبت ، فإن فاء ، فذاك ، وإن امتنع ، ففي المسألة قولان : أحدهما - أن القاضي يطلق عليه زوجته ، إذا تحقق الامتناع منه ، إلا أن يتدر هو فيطلق ؛ والسبب فيه أن الغرض دفع الضرر ، وحكم الشرع أن الممتنع عن الحق المتعين عليه يُستوفى منه الحق بقهر الولاية إذا أمكن ، واستيفاء الفيئة منه غير ممكن ، وترك المرأة تحت المضارة غير ممكن ، وهذا لا وجه له ، فالطريق أن يطلقها ، ويخلصها من دوام المضارة ، وهذا أظهر القولين ، وهو المنصوص عليه في الجديد .

والقول الثاني - أن القاضي لا يطلق ، بل يضيق الأمر عليه بالحبس حتى يطلق . ونص الشافعي في هذا القول على أن القاضي لو أراد أن يعزره ، لكان له ذلك ؛ فإنه قادرٌ على التخليق وتخليص المرأة ، معانداً^(٢) بترك الطلاق الذي يُدعى إليه .

(١) ت ٢ : ولعلّ التعويل .

(٢) ت ٢ : يعاند ، و (معاند) خبر ثانٍ لقوله : (فإنه قادر) .

قال المزماني : لم يذهب إلى هذا أحد من العلماء ، وبالع في تزييفه واختار القول الأول ، وهو المختار .

وقد ذكرنا أن المنصوص عليه في القديم في حكم المرجوع عنه .

٩٤٦٧- ولو لم يمتنع الزوج عن الفئنة ولكن استمهل ، فقد اختلف أصحابنا في ذلك ، فقال بعضهم : لا نمهله مهلاً معتبراً به بمالاة ، فنقول له : قد أمهلناك أربعة أشهر ، فلا نزيدك أجلاً آخر ، ثم هؤلاء [لا] ^(١) يكلفونه القيام إليها على / الفور ؛ فإن ١٤٢ ش الفحل المتشوف إلى الوقاع قد لا توافقه الطبيعة في التسرع إلى الوطء على هذا الحد ، ولكن يقال له : شمر ^(٢) وتهياً ، ولك الفسحة ريثما تثوب بسطنتك وتنهض شهوتك ، وهذا قد يتأتى ^(٣) في نصف يوم .

قال أصحابنا : أو في يوم ، وعندنا أن الليلة تتبع اليوم ؛ فإن المدافعة إلى مجلس الحكم ليلاً غير مألوفة ، فإن فاء ، فذاك ، وإن لم يفء ، وفرعنا على الصحيح ، ابتدرنا الطلاق ؛ فإنه لو استمهل في اليوم الثاني ، لتوجه هذا في الثالث .
هذا مسلك بعض الأصحاب .

ومن أصحابنا من قال : إذا استمهل نمهله ثلاثة أيام ، والاختلاف في ذلك يقرب من القولين في استتابة المرتد ، غير أنا وإن أمهلنا المرتد ، فلو ابتدره مبتدر وقتله ، لكان هدرأ ، وإذا أمهلنا الزوج ، فلو ابتدر القاضي وطلق قبل انقضاء المدة - وهي ثلاثة أيام - لم ينفذ طلاقه ، وهذا لا شك فيه إذا انقضت ^(٤) منه الفئنة في المدة بعد طلاق القاضي ، فأما إذا طلق القاضي ، ثم بان أنه لم يفء في الأيام الثلاثة ، فالظاهر أن الطلاق لا ينفذ ، وفيه شيء ^(٥) .

(١) ساقطة من النسخين ، وزدناها رعاية للسياق والسباق .

(٢) ت ٢ : يقال له ذلك الصحة رتب .

(٣) ت ٢ : قد لا يتأتى .

(٤) انقضت منه الفئنة : أي حصلت منه وفاء في المدة التي أمهلناه إيها . وأقول : لعلها محرقة ، وصوابها : « هذا إذا انقضت منه الفئنة » .

(٥) وفيه شيء : أي وفيه نظر ، كما عبر بذلك ابن أبي عصرون .

وهذا عسر التصوير ؛ فإن طلاق القاضي قد يستند إلى رأيه في أن لا إمهال ، فإذا كان كذلك ، ينفذ ؛ اتباعاً للاجتهاد ، فإذا نفذ الطلاق ، حمل^(١) ذلك منه على القضاء به .

وكل ذلك والزوج يستمهل^(٢) ، فأما إذا أبدى الإباء ، فيتندر القاضي ، ويطلق .

٩٤٦٨- ولو قالت المرأة : لست أبغي الطلاق ، وإنما أطالب بالفيئة ، فالقاضي هل يطلق ، وهي لا تطلب الطلاق ، بل تأباه وتبغي أن يحبس الزوج ليطأ ، فليس لها ذلك ؛ لأن توحيد^(٣) جهة الطلب في الفيئة تكليف شطط ؛ فإن النفس قد لا تطاوع ، ولولا ذلك ، لثبت للمرأة مطالبة الزوج بحق المستمتع ، كما يثبت له مطالبته بالتمكين . فإذا لا يصح منها الطلبة إلا مرددة بين الوطء والطلاق ، وإذا ذلك تكون مطالبة بممكن ، وهذا على ظهوره لا يضر ذكره ؛ فإنها طلبة لا [نظير]^(٤) لها في الشرع ، مبناها على التردد ، وإذا كان لا يصح منها الطلب إلا مردداً ، فإذا امتنع الزوج من الفيئة ، تعين الطلاق ، فإن أبت ، فقد تركت الطلب ، ولا يتصور حبس لأجل الفيئة المجردة قط .

فهذا الذي ذكرناه بيان قاعدة المذهب ، حيث لا مانع طبعاً وشرعاً ، لا فيه ولا فيها .

٩٤٦٩- فأما إذا فرض مانع ، فلا يخلو إما أن يكون المانع فيه أو فيها ، فإن كان المانع فيه ، لم يخل ذلك المانع من أن يكون طبيعياً أو شرعياً :

فإن كان طبيعياً ، كالمرض وما في معناه ، فالطالبة تتوجه ، والمطلوب منه الفيئة باللسان ، ووجهه أن يعترف بالإساءة ، [ويعد بالفيئة]^(٥) عند القدرة - وسنشرح فيئة اللسان بعد هذا - هذا فيئة اللسان ، فليات بها ، أو يطلق ، أو تطلق عليه زوجته ،

(١) في الأصل : وحمل ذلك .

(٢) ت ٢ : مستمهل .

(٣) ت ٢ : توجيه جهة الطلب للفيئة .

(٤) في الأصل : نظفر ، وفي ت ٢ : نصير ، والمثبت من المحقق .

(٥) في النسختين : وبعد الفيئة .

ولو استمهل ، فلا مهَلْ ؛ فإن اللسان منطلق بما ذكرناه ، وإن قال : لست / أنطق ١٤٣ ي بموعد ولكن أخروني إلى الاقتدار^(١) ، فلا [نسعه]^(٢) ، ولا ينبغي أن يستبعد الفقيه مطالبته بفيئة اللسان ؛ [فإن أداة الإيذاء اللسان]^(٣) .

ثم إذا زال المانع ، حقت الطلبة بالفيئة نفسها ، فلو استمهل إذ ذاك ، عادت التفاصيل في الاستمهال ، كما تقدم ، هذا جارٍ في مسائل - يعني الإمهال ثلاثة أيام - استتابة المرتد ، وقتل تارك الصلاة ، والفسخ بالإعسار بالنفقة ، والفسخ بسبب العنة ، وخيار العتق ، والأخذ بالشفعة ، فهذه سبع مسائل ، والردُّ بالعيب على الفور بلا خلاف ، ولا مهَلْ فيه مع التمكن .

هذا كله إذا كان المانع طبيعياً .

٩٤٧٠- فأما إذا كان المانع شرعياً : مثل أن يكون الزوج مُحَرَّمًا ، أو مظاهراً ، فلا نقع بفيئة اللسان ؛ فإن الوطء ممكن حساً ، ولا نستجيز أن نقول : جامعها ، والطلبة بالطلاق المجرد لا سبيل إليها ، فالوجه أن نقول : أنت صنعت على نفسك ، فإن جامعتها أسأت وأفسدت العبادة ، أو ارتكبت محرماً في الظهار ، وإن تحرّجت وامتنعت ، طلقنا عليك زوجتك .

وسنعتقد في الموانع الشرعية فصلاً في أثناء الباب - إن شاء الله - وهو ممثّل بمسألة الدجاجة واللؤلؤة^(٤) ، كما مضى ذكرها في كتاب الغصب .

(١) إلى الاقتدار : أي على الفيئة بالوطء .

(٢) في الأصل : مسعه .

(٣) ما بين المعقفين تصرف من المحقق على ضوء السياق ، فالعبارة في النسختين غير مستقيمة ، فهي في الأصل هكذا « فإذا عاد الإيذاء اللسان » وفي ت ٢ : فإن عاد الإيذاء باللسان .

ولم يغن في تصويب هذه العبارة (صفوة المذهب) ، ولا (الغاية) ، ولكن أيد تصريفنا هذا ما جاء في الشرح الكبير من حكاية قول إمامنا : قال : « قال الإمام (يعني إمام الحرمين) قدس الله روحه ، ولا بُد في المطالبة بالفيئة باللسان ، فإن حكم الإيلاء مبني على الإضرار باللسان » ١ هـ . (ر . الشرح الكبير : ٢٣٩/٩) .

(٤) مسألة الدجاجة واللؤلؤة ، هي أن يغصب الغاصب دجاجة ولؤلؤة ، فابتلعت الدجاجة اللؤلؤة ، يقال له : إن لم تذبح الدجاجة ، غرّمناك اللؤلؤة ، وإن ذبحت الدجاجة لاستخراج اللؤلؤة ، غرّمناك الدجاجة .

ولو كان يتحلل عن إحرامه في ثلاثة أيام ، ورأينا أن نمهله ثلاثة أيام ، فالوجه إسعافه ، ولا طريق غيره .

ثم إذا تحلل بعد الأيام الثلاثة ، فلهذا الطرف اختلاج في النفس : يجوز أن يقال : يترك حتى ينشط نشاطه وتنهض شهوته ، ويجوز أن نقول : إن لم يتندر ، طلق عليه زوجته إن طلبت ، وهذا فقيه حسن .

والفرق بين المانع الشرعي والطبيعي أن الوطء غير ممكن وجوداً مع الموانع الطبيعية ، وهو ممكن مع الموانع الشرعية ، والزواج منتسب إلى التضييق على نفسه بإدخال الظهر على الإيلاء ، أو بإدخال الإيلاء على الظهر ، ولا نأمن أن يكون جمعه بين الأمرين نكداً^(١) ، فإنهما جميعاً متعلقان باختياره .

٩٤٧١- ولو كانت المرأة حائضاً بعد المدة ، لم تملك المطالبة ما استمر الحيض ؛ فإن المانع فيها محقق ، والحيض لا يتضمن قطع المدة وفاقاً ، فإنه في غالب العادات يكرّر على المرأة مراراً في أربعة أشهر ، ولو كانت قاطعةً للمدة قطعاً يقتضي استئنافاً ، لما انقضت مدة الإيلاء غالباً على ذات أقرء ، وإن كانت تقطع ولا تقتضي استئنافاً ، وذلك غالب فيهن ، لوقع التعرض له في الكتاب أو السنة ، فإن جرى ذكر أربعة أشهر من غير تعرض للحيض ، دلّ على أنه لا اعتبار به في المدة ، والحيض لا يقطع تتابع صيام الشهرين ، فلأن لا يقطع تتابع الأربعة الأشهر أولى ؛ فإن المعتمد في أنه لا يقطع تتابع صيام الشهرين أنه يغلب وجود الحيض في مدة الشهرين .

ولو كانت مُحْرمةً أو صائمة صوم فرض ، وذكرت ذلك لنا ، وأرادت مطالبة الزوج بالفيئة أو الطلاق ، فليس لها ذلك اعتباراً بالحيض .

وكذلك لو كان فيها مانع طبيعي ، فلا معنى لمطالبتها ، ولا تملك^(٢) المطالبة

ش ١٤٣ والمانع فيها بفيئة اللسان/ .

(١) نكداً : بمعنى عناداً ومشاقةً ، وإيذاءً ، هذا معنى اللفظ هنا ، ولا يصح غيره ، وقد تكرر كثيراً بهذا المعنى في كتابنا هذا ، ولكننا لم نجد هذا المعنى منصوباً في المعاجم المعهودة ، وأقرب معنى وجدنا هو منع صاحب الحاجة من حاجته .

(٢) ت ٢ : وتملك .

٩٤٧٢- ثم قال : « ولو كان بينها وبينه مسيرة أربعة أشهر . . . إلى آخره »^(١) .

إذا غاب المولي ، وكان بينه وبين المرأة مسيرة أربعة أشهر ، وكان مع الزوج وكيل من جهة المرأة بالخصومة ، فلما انقضت^(٢) أربعة أشهر والغيبه مانع فيه ، فإنه أنشأها إذا^(٣) غاب عنها ، فالزوج مطالب بالفيئة باللسان عند مسألة^(٤) الوكيل ، فإن فاء باللسان ، وأخذ في المسير نحوها ، فذاك ، وإن لم يأخذ في السير حتى مضى زمان الإمكان ، فالحاكم يطلق عليه - على القول الجديد - بمسألة^(٤) الوكيل ، أو يضيق الأمر عليه حتى يطلق بنفسه على القول الآخر .

وإذا انقضى زمان الإمكان وتوجه الطلب من الوكيل ، فقال الزوج : أبتدىء الآن في المسير^(٥) ، فلا يلتفت إلى قوله ويحبسه ، أو يُطلق عليه .

وقد نجز الكلام في الفصلين : فصل الموانع ، وفصل المطالبة ، وأدرجنا في أثناء مذكرناه مسائل من الباب وتنبهات على غلطات المزني في النقل .

٩٤٧٣- وكان شيخنا يقول : الصوم منها لا يقطع المدّة ، ولا يمنع الاحتساب .

وهذا فيه نظر ، فإن كانت تصوم تطوعاً ، فالأمر كذلك ؛ فإن الزوج يغشاها ولا يبالي بصومها ، وإن كانت تصوم الفرض في رمضان وهو من الأشهر ، فهو محسوب ؛ فإن في الليالي مقنعاً ، ولا بدّ لها من الصوم .

ولو كان عليها قضاء ، والقضاء على التأخير ، فإذا أرادت تعجيله من غير إذن الزوج ، فهل لها ذلك ؟ فعلى خلاف بين الأصحاب ، وكذلك لو أرادت المرأة إقامة الصلاة في أول الوقت ، والرجل يبغي منها مستمتعاً في ذلك الوقت ، ففي المسألة اختلاف .

(١) ر . المختصر : ١٠٨/٤ .

(٢) ت ٢ : انقطعت .

(٣) إذا بمعنى (إذ) .

(٤) مسألة الوكيل : المراد سؤال الوكيل وطلبه للفيئة .

(٥) أي المسير نحوها للفيئة .

وكذلك لو كانت مستطيعاً ، فأرادت أن تحج حجة الإسلام ، والزوج ينبغي أن تؤخر ، ففي المسألة اختلاف .

والمسائل متناظرة ، فمن اعتبر رضا الزوج تمسك بأنه لا حرج عليها في التأخير ، وحق الزوج مُضيّق عليها ، ومن جَوّز لها التعجيل قال : النكاح للأبد ، والموت منتظر ، ولا ثقة بالعمر .

فإن قلنا : ليس لها أن تصوم دون إذنه ، فإذا أخذت تصوم ، فهي [كالمطوّعة]^(١) وقد سبق الكلام فيها .

وإن قلنا : لها التعجيل ، ففي المسألة احتمال ؛ فإنها ممتنعة على زوجها في شطر الزمان [باختيارها] ،^(٢) والأظهر أنه لا أثر للصوم ، فإننا إذا جوزنا لها أن تبتر ، فليست على رتبة الناشئة ، وفي الليالي مضطرب .

وإذا نشزت فنشوزها من الموانع القاطعة للمدة ، ولو كان الزوج قادراً على ردّها قهراً ، فلا اعتبار بذلك ، بل المنع ثابت ، والضرار مندفع على الوجه الذي فرضناه وبنينا الباب عليه .

٩٤٧٤- ثم ذكر الشافعي^(٣) : « أنهما لو اختلفا في الإصابة ، فزعم الزوج أنه أصابها وأنكرت المرأة ، فالقول قول الزوج » .

وهذا مما ذكرناه في كتاب النكاح ، ولكن نعيد ذلك الأصل لمزيد فائدة فنقول ، مهما^(٤) وقع النزاع في إثبات الإصابة ونفيها ، فالقول قول النافي إلا في مسائل :

(١) ت ٢ : كالمطلق ، وفي الأصل : كالمقطوعة . وتشبيهها بالمطوّعة ، أي في الحكم ، وهو أن للزوج أن يغشاها ولا يبالي بصومها .

(٢) في النسختين : باختياره ، والمثبت اختياراً من المحقق . ومعنى العبارة أننا إذا قلنا : ليس لها أن تصوم القضاء الذي عليها معجلاً من غير إذن الزوج إذا كان هذا القضاء على التأخير ، إذا قلنا : ليس لها ذلك ، فهذا محتمل : له وجه ، وذلك أنها بصومها تكون ممتنعة على زوجها (باختيارها) شطر الزمان ، أي نهار أيام الصوم .

(٣) ر . المختصر : ١٠٩/٤ .

(٤) مهما : هنا بمعنى (إذا) .

إحداها - إذا/ ضربت مدة العنة ، فلما انقضت زعم الزوج أنني وطئتها ، أو قال في ١٤٤ ي ابتداء الأمر : [أنا]^(١) الآن عنين ، ولكن قبل هذا وطئتها ، فلا تضربوا المدة ، فالقول قول الزوج مع يمينه ، وقد قدمنا هذا وعللناه .

٩٤٧٥- ومن المسائل^(٢) اختلاف الزوج المولي مع المرأة ، وهذه مسألة الكتاب ، فإذا جعلنا القول قول الزوج في إثبات الوطء مع يمينه ، فإن حلف على ذلك ، ثم إن الزوج طلقها ، وأراد ارتجاعها ، فإنه قد وطئها بزعمه^(٣) .

قال ابن الحداد : ليس له أن يرتجعها ؛ فإننا وإن جعلنا القول قوله في إثبات الوطء ابتداءً ، فهذه خصومة أخرى وقضية أخرى ، فالقول في ذلك قولها مع يمينها ، فتحلف ، وتنتفي الرجعة عنها ، كما لو كانت الخصومة ابتداء في الرجعة ؛ فإن الزوج لو طلق امرأته ، ثم زعم أنه كان وطئها ، فيرتجعها وأبت المرأة ، فالقول قولها ، فإنه لا يلزمها عدة لقول الزوج ؛ فإذا لم تثبت العدة ، لم تثبت الرجعة .

فإن قيل : هذا يبطل معولكم في أن الأصل بقاء النكاح ، وعليه يتم تصديق الزوج في مسألة العنة والإيلاء ؛ فإن كان الأصل عدم الوطء . قلنا : إنما يصدق الزوج والنكاح قائم ، وإذا طلق ، فالطلاق يحل النكاح ، وهو في إثبات المستدرك مدع .

قال الشيخ : من أصحابنا من ذكر في صورة ابن الحداد وجهاً أن الرجعة تثبت ؛ فإننا صدقنا الزوج في إثبات الوطء في خصومة وقوينا جانبه واعتضد هذا أيضاً باستبقاء النكاح ، وهذا ضعيف لا تعويل عليه .

٩٤٧٦- والمسألة الثالثة - أن يخلو بها وقلنا : الخلوة لا تقرر المهر ، فإذا ادّعت الوطء ، فهل نصدقها ؟ فيه قولان ذكرناهما .

(١) في الأصل : أما .

(٢) هذه هي المسألة الثانية ، وستأتي الثالثة والرابعة .

(٣) المسألة مصوّرة في غير المدخول بها ، فهي التي لا يملك عليها الرجعة إلا إذا كان قد وطئها ، ووجبت عليها العدة .

٩٤٧٧- والمسألة الرابعة - أن تدعي المرأة الوطاء من غير خلوة تبغي [تقريراً]^(١) المهر ، فإذا أنكر الزوج ، فالقول قول الزوج في نفى الوطاء ، فلو أتت بولد لزمان يلحق الزوج ، فإن نفى الولد باللعان ، فالذي سبق من نفى الوطاء على ما سبق ، والقول قول الزوج ، كما مضى ، وإن لم ينفه باللعان ولحقه الولد ، فهل نقول الآن : القول قول المرأة ؛ إذ قد ظهر تقدم وطء منه [بلحوق]^(٢) الولد ؟

ما نقله المزماني : أنا نجعل الآن القول قولها في إثبات الوطاء مع يمينها ، فتحلف وتستحق المهر كمالاً .

قال الشيخ رضي الله عنه : نقل الربيع ما نقله المزماني ، ونقل قولاً آخر : أن القول قول الزوج ؛ فإنها قد تحبل من استدخال من غير وطء .

واختلف أصحابنا على طرق : فمنهم من قال : في المسألة قولان ، ومنهم من قطع بما نقله المزماني ، وزيف القول الثاني ، وجعله من تخريج الربيع ، ومنهم من قال : المسألة على حالين : حيث قال : القول قولها : [أراد إذا نشأ]^(٣) الاختلاف بعد الولد ولحقه ، فالقول قولها [إذ]^(٤) الظاهر معها ، والاستدخال بعيد ، وإن اختلفا قبل الولد وظهور أمره وحلفنا الزوج ، فقد تمت الخصومة ونفذت ، فلا نجعل القول قولها .

ش ١٤٤ ومن سلك طريقة القولين أجراهما في الحالين / ، قال الشيخ : الأصح من ذلك كله القطع بما نقله المزماني^(٥) في الأحوال كلها .

٩٤٧٨- ثم ذكر المزماني أنه يخلص عن عهدة الإيلاء بتغيب الحشفة ، وهذا كما

(١) في النسختين : تقدير .

(٢) زيادة من المحقق ، حيث سقطت من النسختين .

(٣) ما بين المعقفين أثبتناه من (ت ٢) مكان كلمات غير مقروءة في الأصل .

(٤) في النسختين : (إن) والمثبت من المحقق .

(٥) وجه ذكر هذه المسألة في المسائل الجارية على خلاف قياس الخصومات ، حيث نجعل القول قول المثبت ، لا قول النافي - وجه ذلك في هذه المسألة هو أن القول قول الزوجة في إثبات الوطاء الذي ينفه الزوج ، لقوة جانبها بالولد ، وهذا هو المنصوص في رواية المزماني .

ذكرناه من قبل ، وإن كانت المرأة بكرة ، فلا بد من إزالة العُدرة ، وهي تحصل بتغيب الحشفة لا محالة ، فلو ادعى العجز عن الافتضاخ ، كلفناه الفء باللسان في الحال ، وضربنا له مدة العُنة ، ثم أجرينا حكم العِنين ، كما مضى مفصلاً^(١) .

٩٤٧٩- ثم قال : « لو أصابها وهي مُحرمة . . . إلى آخره » .

إذا أصاب الرجل امرأته وهي مُحرمة ، وكان قد آلى ، فقد حصلت الفئنة ، ولا نظر إلى انتسابه إلى العصيان بعد حصول الوطء ، وانحلال اليمين^(٢) .

فَصْلٌ

قال : « ولو آلى ثم جن . . . إلى آخره »^(٣) .

٩٤٨٠- إذا آلى الرجل ، ثم جن ، ووطىء في حالة الجنون ، فالمنصوص عليه أنه لا يحنث ؛ فلا كفارة عليه وخُرج فيه قول آخر : أن الكفارة تلزمه ، من حنث الناسي ، ولهذا له التفات على أن المجنون إذا قتل صيداً في الحرم ، فهل يلتزم الفدية ؟ وفيه قولان .

ومما نذكره أن المولي إذا أكره على الوطء ، فوطىء مكرهاً ، قال الشيخ : في وجوب الكفارة على المكره قولان مشهوران ، فإن قلنا : إن الكفارة تلزمه ، فلا شك في حنثه وانحلال يمينه ، فإن قلنا : إن الكفارة لا تلزمه ، فهل نقول : يحنث وينحل يمينه ؟ فعلى وجهين ذكرهما رضي الله عنه ، ولهذا الترتيب يجري في المجنون : فإن ألزمناه الكفارة فقد انحلت اليمين ، وإن قلنا : لا تلزمه الكفارة ، فهل تنحل اليمين ؟ حتى إذا أفاق ، فوطىء لا تلزمه الكفارة ؟ فعلى وجهين .

ولا يختص ما ذكرناه بالإيلاء ، ولكن كل حالفٍ وُجد منه المحلوف عليه على وجه الإكراه ، وقلنا : لا يلتزم الكفارة ، فهل تنحل [يمينه]^(٤) ؟ فعلى الخلاف الذي ذكرناه .

(١) ر . المختصر : ١١١/٤ .

(٢) السابق نفسه .

(٣) ر . المختصر : ١١١/٤ .

(٤) زيادة من المحقق .

٩٤٨١- فإذا تمهد هذا ، رجعنا إلى حكم الإيلاء في المكروه^(١) : فإن قلنا بانحلال اليمين ، ولا كفارة ، فقد ارتفع حكم الإيلاء ، وإن قلنا : ما انحلت بما جرى ، حتى لو وطئ مرةً أخرى ، يلزمه الكفارة ، فهل يعود حكم الإيلاء والطلب ؟ فعلى وجهين ، وهما يجريان في المجنون إذا قلنا : لا تنحل اليمين بما جرى في الجنون .

توجيه الوجهين : ٩٤٨٢- من قال يعود الطلب ، قال : لأن اليمين قائمة ولو وطئ الرجل بعد أربعة أشهر ، التزم الكفارة .

ومن قال : لا يعود الطلب ، احتج بأن الضرار اندفع بالوقوع الذي جرى ، فكأن الإيلاء صار منحلّاً في حقها ، وإن كانت اليمين قائمة .

قال الشيخ : وهذا الذي ذكرناه في صورة الإكراه مفرّع على المذهب الصحيح ، وهو أن الإكراه على الوطء يُتصور .

ومن أصحابنا من قال : لا يتصور الإكراه على الوطء ، ولا يوجد الوطء إلا من مختار ، وهذا القائل يقول : من حُمِلَ على الزنا بالتخويف بالقتل ، فأتى بما حمل عليه ، لزمه الحد .

وهذا غريب في المذهب ، وإن ذهب إليه أبو حنيفة^(٢) ، ووجهه على بعده أن المكروه هو المسلوب الاختيار الذي لم يبق له أرب إلا الخلاص ، ومن كان كذلك لم ي ١٤٥ تنبسط شهوته ، ولم تطاوعه نفسه ، وقد ظهر أن/ المرعوب لا ينتشر ، والمنتشر إذا تداخله خوف فتر .

ثم زاد العراقيون في مسألة الجنون تفريعاً فقالوا : إذا قلنا : لو وطئ في جنونه ، لم تنحل اليمين ، وإذا أفاق ووطئ ، لزمته الكفارة ، وفرّعنا على أن حكم الطلب يعود ، فلو وطئ في جنونه ، ثم أفاق على الفور ، فهل نقول : الطلّبة تتوجه في الحال ، أم نضرب مدّة ، ونقول إذا مضت ، تجددت الطلّبة بعدها ؟ فعلى وجهين :

(١) أي في المكروه على الوطء .

(٢) ر . المبسوط : ٨٨/٢٤ .

أقيسهما - أنا لا نعتبر مدةً أصلاً ، فإنه لم يتخلل طلاقٌ ولا ردةً ، والطلبُ ثابتٌ ، وقد انقضت المدة .

والوجه الثاني - أنه لا بد من مضي مدة ؛ لأنه قد فاء ظاهراً ، فإن لم يؤثر ما صدر منه في الخروج من عهدة الطلب ، فلا أقل من أن يستفيد الزوج به مهلاً .

٩٤٨٣- ومما يتعلق بما نحن فيه أن الرجل إذا آلى عن امرأته ، فجاءت المرأة في نومه وصادفته منتشراً ، فنزلت عليه واستدخلت ذكره ، ولا علم له بما جرى ، فالذي نقطع به أن اليمين لا تنحل ، فإن الذي جرى ليس بوطء ، والمحلوف عليه الوطء ، وليس هذا كوطء المكره والوطء في حالة الجنون .

ورأيت في بعض التعاليق عن شيخي أن من أصحابنا من جعل هذا كالوطء في حالة الجنون ، حتى يُخرج فيه الخلاف المقدم في انحلال اليمين . وهذا غلط صريح ، لا يجوز التعويل عليه .

فإذا بان ذلك ، فلو وطئ في يقظته ، لزمته الكفارة ، وهل لها مطالبة الزوج ؟ فعلى وجهين كالوجهين في المجنون إذا قلنا : وطؤه في الجنون لا يحل اليمين .

٩٤٨٤- ثم قال الشافعي رضي الله عنه : « والذمي كالمسلم فيما يلزمه من الإيلاء... إلى آخره »^(١) .

الذمي من أهل الإيلاء ، فإذا ارتفع إلينا ، ونزل على حكمنا ، فحكمنا عليه كحكمنا على المسلم ، فتوجه عليه الطلب ، وإذا فاء ، لزمته الكفارة ، وأبو حنيفة^(٢) لم يجعله من أهل الظهار ؛ من حيث لم يكن عنده من أهل الكفارة ، وجعله من أهل الإيلاء^(٣) ، وإن لم يكن عنده من أهل الكفارة ، والمسلم إذا آلى ، وفاء ، لزمته الكفارة عند أبي حنيفة^(٤) والإيلاء لا يختص عنده باليمين بالله^(٥) .

(١) ر . المختصر : ١١٢/٤ .

(٢) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٤٨٩/٢ مسألة ١٠٢٦ ، المبسوط : ٢٣١/٦ .

(٣) ر . مختصر الطحاوي ٢١١ ، مختصر اختلاف العلماء : ٤٧٨/٢ مسألة ١٠٠٤ .

(٤) ر . مختصر الطحاوي : ٢٠٧ ، المبسوط : ١٩/٧ ، فتح القدير : ٤٢/٤ .

(٥) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٤٧٧/٢ مسألة ١٠٠٢ ، المبسوط : ٣٧/٧ ، فتح القدير : ٤١/٤ .

ولو قال لامرأته : إن وطئتكَ ، فعبدني حر ، ثم مات ذلك العبد المحلوف بعته ، انحلت اليمين لما عَرِيت الواقعة عن التزام [عند]^(١) تقدير الوطء ، وهذا تناقض منه بين .

٩٤٨٥- ثم قال الشافعي : « العربي لو آلى بلسان العجم . . . إلى آخره »^(٢) . إذا آلى الأعجمي بلسان العرب ، فإن كان يحسن العربية فهو كالعربي ، فلو زعم أنه لم يفهم معنى الكلمة التي تلفظ بها ، وكانت الحالة تكذبه ، فهو مكذّب ، وإن كان الأمر محتملاً ، فالرجوع إلى قوله مع اليمين . وكذلك العربي إذا نطق بلسان العجم ، وما ذكرناه جارٍ في كل من نطق بلغة غيره .

فَصْلٌ

كنا وعدنا أن نتكلم في الموانع ،^(٣) الشرعية إذا اتصف الزوج بها ، عند انقضاء المدة ، وهذا وإن [سبق]^(٤) استيفاء القول فيه^(٥) ، فقد رأيت للعراقيين ترتيباً حسناً ، فرأيت اتخاذهم قدوة في الفصل .

فإذا آلى الرجل عن امرأته ، ومضت الأشهر ، وكان الزوج محرماً أو مظاهراً ، فلا شك أنه لو وطىء عصى ربّه ، وإذا توجهت عليه الطلّة - وهو موصوف / بمانع محرّم - فلو قال : أنا أفىء على ما بي من المانع ، فقالت المرأة : لا أمكنه من الوطء ، فهل تُجبر على التمكين ؟

فعلى وجهين ذكرهما العراقيون : أحدهما - أنها لا تجبر على التمكين إذا دعاها الرجل إلى التمكين ، بل لها الامتناع ؛ فإنه إذا كان يحرم عليه أن يغشاها ، فالتحريم متعلق بها ، ويجب من ثبوته في حقه أن يحرم عليها التمكين ؛ إذ لا يتصور ثبوت

(١) زيادة من (ت ٢) .

(٢) ر . المختصر : ١١٢ / ٤ .

(٣) سقط من (ت ٢) علامة (فصل) .

(٤) زيادة من المحقق .

(٥) ما بين القوسين سقط من (ت ٢) .

التحريم إلا متعلقاً بهما ، فأشبه ما لو طلقها طلاق رجعية ، وقضينا بتحريمها ، فلو أراد الزوج أن يغشاها ، فلها الامتناع ، بل عليها الامتناع حتى يرتجعها ، وكذلك إذا كانت حائضاً ، فلها منع نفسها عن زوجها ، وكذلك لو كانت مُحَرَّمَةً ، أو صائِمة .

والوجه الثاني - أنه ليس لها أن تمتنع ؛ فإنه لا حرمة فيها ، وهي في نفسها على صفة الاستباحة ، وليس لها أن تنظر في حال الزوج ، وتتصرف فيما يحرم عليه ويحل له .

ومن أصحابنا من فصل بين أن يكون الزوج مظاهراً ، وبين أن يكون صائماً ، أو مُحَرَّمًا ، فقال : لها أن تمتنع إذا كان الزوج مظاهراً ، ^(١) وليس لها أن تمتنع إذا كان الرجل ^(٢) مُحَرَّمًا أو صائماً .

٩٤٨٦- وحاصل المذهب أن المطلقة تمتنع ؛ لأن الطلاق واقع بها ، وإذا كان الرجل مُحِلًّا وهي مُحَرَّمَةٌ ، امتنعت ، وكذلك لو كانت صائِمة صياماً لا يجوز إفساده عليها ، فمهما ^(٣) تحقق سبب التحريم فيها على الاختصاص ، امتنعت ، وإذا ظهر ^(٤) تعلق السبب بها كالطلاق ، فإنها تمتنع من التمكين .

وإن اختص الزوج بالسبب المحرّم ، كما إذا كان مُحَرَّمًا أو صائماً صوماً لا يجوز إفساده ، فهل تمتنع من التمكين ، أو ليس لها الامتناع ؟ فعلى وجهين .

وإذا ظاهر عنها الزوج ، فهذا مردّد بين الطلاق وبين الإحرام ، وجه مشابهته للطلاق أن الظهار يحرم المرأة كالطلاق ، ووجه مشابهته للإحرام أن الظهار لا ينقص ملك الزوج ، ولا ^(٤) يخرم حقه فيها ، ولكنه لما قال زوراً وكذباً ، عاقبه الشرع بتحريم الغشيان عليه .

واختار الشيخ أبي حامد أن الزوج إذا كان مُحَرَّمًا أو صائماً ، فليس لها أن تمتنع عن التمكين وجهاً واحداً ، وإنما الوجهان في الظهار .

(١) ما بين القوسين سقط من (٢) .

(٢) بمعنى : (إذا) .

(٣) ت ٢ : فإذا ظهرت .

(٤) عبارة ت ٢ : ولا يخرم حقه لما قال .

ثم مهما قلنا : إنها تمتنع ، فحقُّ عليها أن تمتنع ، وإذا قلنا : لا تمتنع ، فحقُّ عليها أن تمكن إذا دعاها زوجها .

٩٤٨٧- فهذا أصل قدمناه على غرضنا من الإيلاء ، ونحن نبني عليه غرضنا من الإيلاء ، فنقول : إن ألزمت المرأة أن تمكن ، فإن مكنت ، فذاك ، وإلا يسقط طلبها في الوقت ، وليس لها أن تقول : لا أمكِّن وأطلبُ الطلاق .

وإن قلنا : لها أن تمتنع ولا تُجبرَ على التمكين ، فإن مكنت ولم يطأها ، فيطالب بالطلاق^(١) أو تطلق عليه زوجته .

وإن أبت ولم تمكِّن ، وطلبت الطلاق ، وقلنا : لها الامتناع من التمكين ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أنها لا تطلب الطلاق ، بل^(٢) يفيء فيئة معذور إلى زوال العذر ، كما [ذكرناه]^(٣) في المانع الحسي ، فأشبه ما لو لم^(٤) يكن مانع ، فنشزت أو مرضت .

١٤٦ ي والوجه الثاني - أن الزوج يجبر على الطلاق أو يطلق عليه ؛ فإنه هو الذي / ضيق على نفسه هذا التضيق .

هذه طريقة [العراقيين]^(٥) وهي على نهاية الحسن .

٩٤٨٨- وأما أصحابنا المرازمة ؛ فإنهم لم يتعرضوا لوجوب التمكين عليها أو لتحريمه ، بل اقتصروا على قولهم : نقول للرجل : إن وطئت عصيت ، وإن لم تطأ ، طلقنا عليك زوجتك ، وهذا لا^(٦) يستقل ما لم نفصل المذهب على نحو ما ذكره العراقيون .

(١) ت ٢ : فإن مكنت ولم يطأها ، فالطلاق . . .

(٢) ت ٢ : بل هي معذورة إلى زوال العذر .

(٣) غير مقروءة في الأصل .

(٤) ت ٢ : فأشبه ما لم .

(٥) في الأصل : العراق .

(٦) ت ٢ : وهذا لم يستقل .

فَضْلُكَ

قال : « ولو آلى ، ثم آلى ، فَحَنِّثَ فِي الْأُولَى . . . إِلَى آخِرِهِ »^(١) .

٩٤٨٩- إذا تكررت كلمة الإيلاء من الزوج : بأن قال لها : والله لا أطوك والله لا أطوك ، حتى كرره مراراً ، فألفاظه لا تخلو إما أن تكون متواصلة ، وإما أن يتخلل بينها فصول ، فإن كانت متواصلة ، وزعم أنه نوى تكرار الألفاظ وتأكيد المعنى بها ، ولم يرد تجديداً ، فهو مصدق ؛ فإنه لو والى بين كلام في الطلاق في أزمنة متواصلة^(٢) ولم يتخلل في أثنائها ما يمنع التأكيد ، وزعم أنه أراد التأكيد ، قبل منه .

وإن قال في كَلِمِ الإيلاء : أردت بكل كلمة يمينا معقودة مقصودة ، فيكون الأمر كذلك ، وفائدة تعددها أنه إذا فرض الوطء ، انحلت بجملتها ، ثم يختلف الأصحاب في اتحاد الكفارة وتعددتها ، والصحيح التعدد ، كما قدمناه .

ولو أطلق الألفاظ ، وزعم أنه لم ينو تأكيداً ولا تجديداً ، ففي المسألة قولان .
ولو قال : أنت طالق وطالق ، وخلل بين الكلمة والكلمة فترات تُقَطَّعُ وصلَ الكلام ونظمه ونضده ، وتمنع الحمل على التأكيد ، ثم زعم أنه أراد التأكيد ، فلا يقبل منه .
ولو قال : أردت تكرير ما قدمته وإعادته ، قلنا : لا نقبل ذلك منك ؛ فإن الطلاق إيقاع ، فإذا انحسم وجه التأكيد ، لم يبق إلا الحمل على الإيقاع^(٣) .

٩٤٩٠- ثم هذا يجري في كل لفظ [فلو]^(٤) أقر بألفٍ لزيد ، ثم أقر له بعد أيام بألفٍ ، وزعم أنه أراد تكرير الإقرار الأول ، قبل ذلك ، خلافاً لأبي حنيفة^(٥) .

(١) ر . المختصر : ١١٣/٤ .

(٢) عبارة ٢ : « فهو مصدق ، فإنه لو والى بين تحكم في الطلاق لزمته متواصلة » وهي - كما ترى - غاية في التصحيف والتحريف .

(٣) ٢ : الارتفاع .

(٤) في الأصل : ولو . و(٢) : وإن .

(٥) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٢١٣/٤ مسألة ١٩١٢ .

وعممة المذهب أن الخبر الواحد يكرر ليشهر ويذكر ، وإذا كان^(١) ذلك ، ممكناً ، صدقناه فيما يريد ، فإن أراد نشر الطلاق الذي قدمه ، فليقرّ به ، فإذا لم يخبر عما مضى ، واستقل كلامه إيقاعاً ، لم يحتمل غير الإيقاع .

ولو قال : والله لا أجامعك ، ثم أعاد اليمين مع انقطاع الوصل وتخلّل الفصل ، وزعم أنه أراد إعادة اليمين الأولى ، فالذي ذكره المحققون أن هذا مقبول منه ؛ فإن الحلف في الحقيقة خبرٌ مؤكد بالقسم ، وقد ذكرنا أن الخبر يقبل التكرير ، وقول الفقهاء : عقد فلان اليمينَ ليس على معنى العقود التي تُنشأ ، وإنما المراد أخبر خبراً يُلزمه أمراً .

هذا إذا قال : أردت تكرير اللفظ الأول ، ولم يرد تجديد يمين .

قال الأصحاب : لو قال لامرأته : إن دخلت الدار ، فأنت طالق^(٢) ، ثم قال بعد زمان متطاوّل : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ، وزعم أنه أراد إعادة اللفظ الأول ، ولم يُرد تعليق طلاق [مجدّد]^(٣) ، كان كما قال ؛ فإن هذا في حكم الخبر .

فهذه ثلاث مسائل أطلق الأصحاب فيها قبولَ تأويل التكرير : الإقرار ، واليمين بالله ، وتعليق الطلاق والعتاق^(٤) .

ومن أصحابنا من قال : تأويل التكرير مقبول في الإقرار فحسب ، وهو غير مقبول ش ١٤٦ في اليمين بالله / ، وتعليق الطلاق ؛ فإن اليمين إنشاء وكذلك التعليق .

ومنهم من قال : يقبل تأويل التكرير في اليمين بالله ، ولا يقبل في الطلاق ، وهذا لا بأس به ؛ لأن قول القائل لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق ليس بخبر ، وإنما هو وضع الطلاق مربوطاً بصفة ، والدليل عليه أنه لا يدخله التصديق والتكذيب .

(١) ت ٢ : ليشهر وقد ذكروا إذا كان . . .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) في الأصل : مجرد ، والمثبت من (ت ٢) .

(٤) ت ٢ : والتعليق .

٩٤٩١- فخرج مما ذكرناه أن الإقرار لما كان إخباراً محضاً معروضاً للصدق والكذب ، ظهر فيه إمكان التكرير .

واليمينُ بالله خبرٌ من وجه وإنشاء من وجه ، فتطرق الخلاف إليه ، ودليل انحطاطه عن الإقرار قُبْحُ التكذيب فيه ، ولكن للتكذيب فيه مساعٌ على الجملة .
وتعليق الطلاق [إنشاء]^(١) ؛ إذ لا مساعٍ للتكذيب فيه أصلاً .

ثم إذا أتى بالفاظ الأيمان أو بتعليق الطلاق مراراً ، وخلل فصولاً ، فإن قلنا : لا يقبل منه تأويل التكرير ، فمطلق الألفاظ محمول على التجديد ، وإن قلنا : يقبل منه تأويل التكرير فإذا كانت الألفاظ مطلقة ، فالمذهب أنها محمولة على التجديد .

وأبعد بعض أصحابنا ؛ فقال : هي محمولة على التكرير ، والطلاق لا يحتمل هذا ، فإذا تقطعت ألفاظ المطلق ، وخرجت عن حد التأكيد ، فهي على التجديد إذا صادفت محلها .

ثم إن الشافعي رضي الله عنه أعاد في آخر الباب^(٢) مناظرةً مع أبي حنيفة في مدة الإيلاء ، ولا غرض لنا فيها .

* * *

(١) في الأصل : متشاجر ، وفي ت ٢ : مستأخر . والمثبت تصرّف من المحقق .
(٢) ر . المختصر : ١١٣/٤ . ونصّ هذه المناظرة : « وقد زعم من خالفنا في الوقف أن الفئته فعلٌ يحدثه بعد اليمين في الأربعة الأشهر ، إما بجماع أو فيءٍ معذور بلسانه ، وزعم أن عزيمة الطلاق انقضاء أربعة أشهر بغير فعل يحدثه ، وقد ذكرهما الله تعالى بلا فصل بينهما ، فقلت له : رأيت أن لو عزم أن لا يفيء في الأربعة الأشهر أ يكون طلاقاً ؟ قال : لا حتى يطلق . قلت : فكيف يكون انقضاء ، الأربعة الأشهر طلاقاً بغير عزم ، ولا إحداث شيء لم يكن . . . »
ا . هـ . بنصه .

باب

إيلاء الخصي غير المجهوب والمجهوب

٩٤٩٢- الخصي إذا لم يكن مجبواً ، فآلى ، فهو بمثابة الفحل يولي ، وكذلك إذا جُبَّ من ذكره البعض ، وبقي ما يتعلق به الجماع التام .

فأما المجهوب الذي استؤصل ذكره ، أو بقي منه ما لا يتعلق به الجماع ، فقد اختلف أصحابنا في إيلائه ، فمنهم من قال : في المسألة قولان : أحدهما - ينعقد إيلاؤه .

والثاني - لا ينعقد .

من قال لا ينعقد قال : إنه حلف على الامتناع عن أمرٍ يستحيل منه الإقدام عليه ، فكان كلامه لغواً ، وأيضاً فإن الإيلاء مبناه على قطع رجائها وإظهار الضرر من هذه الجهة ، وهذا لا يتحقق من المجهوب .

والقول الثاني - أننا نجعله مولياً ، لأن عماد الإيلاء الإيذاء^(١) باللسان ، وقد تحقق ذلك منه .

ومن أصحابنا من قطع بأن إيلاءه لا يصح ويلغو ، وإنما القولان فيه إذا آلى وهو فحلٌ ثم جُبَّ ، ففي قولٍ ينقطع الإيلاء ، وفي قولٍ يبقى ، ويكون ما طراً مانعاً من الوقوع ، مؤدياً إلى الاكتفاء بفيئة اللسان .

ومن أصحابنا من قطع بأن إيلاءه لا يصح ، وإن طراً الجب ، انقطع .

وهذا هو الذي لا يصح - على التحقيق - غيره ؛ فإن اليمين يستحيل فرض بقائها مع استحالة الحنث .

ولو قال : إن وطئتكَ ، فعبدني حر ، ثم إنه أنشأ إعتاقه ، فالإيلاء ينحلّ بامتناع لزوم شيء عند فرض الوطء ، والجبُّ بذلك أولى .

(١) ساقطة من (٢) .

قال الشيخ أبو علي : إيلاء الفحل عن الرتقاء بمثابة إيلاء المجهوب في جميع ما ذكرناه ، اقتراناً وطرياناً .

٩٤٩٣- ثم إذا حكمنا بثبوت الإيلاء إما في صورة الاقتران ، وإما في صورة الطريان ، فالطالبة/ تتوجه بعد المدة بفيئة اللسان .

١٤٧ ي

ثم قال الأصحاب : ليقُل إذا توجهت الطالبة : لو قدرْتُ ، لو طئتُك ، وهذا سبيل المعذور الذي يرجي زوال عذره ، وما يذكر في فيئة المعذور الذي يرجي زواله شيان : أحدهما - الاعتذار بالمانع الواقع ، والثاني - وعدٌ بالإصابة عند الزوال ، قال الأصحاب : لا بد منهما ، والاقتصارُ على إحداهما لا يكفي ، ولو [اقتصر على^(١)] أحدهما ، طُلِّقَت عليه زوجته .

والرأي^(٢) عندنا أنه لو اقتصر على الوعد ، فقال : إذا ارتفع مرضي ، أصبتك ، فهذا كافٍ ، وإن لم يقل : لولا المرض ، لأصبتك الآن ؛ فإن التعويل على الوعد عند ارتفاع المانع ، ولكن الأصحاب ذكروا الأمرين .

أما المجهوب ، فلا يتصور منه الوطء ، وفيئته أن يقول : لولا المانع ، لو طئتُك ، وهذا عندي في حكم العبث الذي لا يليق بمحاسن الشرع^(٣) مثله ، وضرب المدة أقبح من الكلِّ ، فإنه مهلٌ أثبت لمن يُرجي منه الوطء فكيف يُتخيل هذا في المجهوب .

قَرَّعُ : ٩٤٩٤- قدمنا من رأي الأصحاب كافة أن الرجل إذا قال لأجنبية : إن وطئتُك ، فعبدني حر ، أو قال : والله لا أجامعك ، ثم نكحها ، فلا يكون مولياً ، وإن كان يلتزم بالوقاع بعد أربعة أشهر أمراً ؛ لأن هذا تقدَّم على الملك .

وذكر صاحب التقريب وجهاً عن بعض الأصحاب أنه يكون مولياً ، وهذا لا خروج له إلا على قول غريب ، حكاه صاحب التقريب في أن تعليق الطلاق قبل الملك يصح ،

(١) في الأصل ، كما في (ت ٢) : وآلى عن أحدهما . والمثبت تصرف من المحقق .

(٢) ت ٢ : والثاني عندنا .

(٣) ت ٢ : بمجلس النزاع .

٤٧٠ _____ كتاب الإيلاء / باب إيلاء الخصمي غير المجبوب والمجبوب
كما ذهب إليه أبو حنيفة^(١) ، وهذا على نهاية البعد ، ولم أره إلا له ، ولم أذكر هذا
في أثناء الكلام ؛ حتى لا يُعتد به .

فَرَجَّعُ : ٩٤٩٥- إذا آلى الرجل عن امرأته ، فلما انقضت المدة ، زعم أنه عاجز
عنّين ، فالذي ذهب إليه الأصحاب أنا نضرب له المدة ، ثم نحكم بعد انقضائها حُكْمَنَا
في العنة .

وحكى العراقيون وجهاً غريباً أنه لا يقبل ذلك منه ، وتطلق عليه زوجته على قولٍ أو
نحبسه إن لم يطلق ، وليس كما لو ظهر به مرض يغلب على الظن عجزه بسببه ، وهذا
الوجه لا اعتداد به ، وقد نقله العراقيون ثم زيفوه والله الموفق للصواب .

* * *

(١) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٤٤٧/٢ مسألة ٩٦١ ، مختصر الطحاوي : ٢٠٣ ، طريقة
الخلافة ١١٦ مسألة ٤٨ .

كتاب الظهار

٩٤٩٦- صورة الظهار أن يقول لامرأته : أنت عليّ كظهر أمي ، ومقتضاه على الجملة أن تحرم عليه زوجته ، مع استمرار النكاح ، ويدوم التحريم حتى يكفر^(١) .

والأصل في الظهار مفتتح سورة المجادلة ، وسبب النزول ما روي « أن خولة بنت ثعلبة زوجة أوس بن الصامت أخي عبادة ، شرعت في الصلاة ، فدخل زوجها ، وهم بقربانها ، فخالفته ، وامتنعت عليه ، فغاضه ذلك ، فقال : أنت عليّ كظهر أمي ، وكان الظهار طلاقاً في الجاهلية مؤكداً ، فلما قال ذلك ، اغتمت خولة ، فجاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهو في حجرة عائشة ، وكانت تمشط رأس رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقالت خولة : كنت شابة يا رسول الله ذات جمال ومال ، فلما كبر سني ونفد مالي ، جعلني أوس/ عليّ نفسه كظهر أمه فقال صلى الله عليه وسلم : ١٤٧ ش « حرمت عليه » ، فقالت : يا رسول الله ، انظر في أمري ، فإن لي معه صحبة ، وإني لا أصبر عنه^(٢) ، فقال صلى الله عليه وسلم : « حرمت عليه » ، فكررت ذلك ، وهو عليه السلام يقول : « حرمت عليه » ، فلما أيست ، اشتكت إلى الله تعالى ، فنزل قوله : ﴿ قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ ﴾ [المجادلة : ١] قالت عائشة : كانت تُسارّ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأنا أسمع من كلامهما الكلمة والكلمتين ، فنزلت الآيات مشتملة على قواعد الظهار^(٣) .

(١) (ت ٢) : بكفه .

(٢) عبارة (ت ٢) : جعلني أوس عليّ نفسه كظهر أمه ، وإنني أصبر عنه .

(٣) حديث ظهار أوس بن الصامت رواه أبو داود ، وابن ماجه ، والحاكم من حديث عائشة رضي الله عنها ، وأصله في البخاري . (ر . البخاري : كتاب التوحيد ، باب وكان الله سمياً بصيراً ، أبو داود : الطلاق ، باب الظهار ، ح ٢٢١٩ ، ابن ماجه : الطلاق ، باب الظهار ، ح ٢٠٦٣ ، الحاكم : ٤٨١/٢ ، وانظر تلخيص الحبير ٣/٤٤٣ ح ١٧٦٤ .

ثم إن الشافعي رضي الله عنه ، صدر الباب ببيان من يصح ظهاره ، ثم عقبه بمن يصح الظهار عنه . فأما الفصل الأول :

٩٤٩٧- فحدّ المذهب فيمن يصح ظهاره أن يقال : من كان من أهل الطلاق ، كان من أهل الظهار ، وهذا يطرد وينعكس على مذهب الحدود ، ثم يتعلق الطلاق بالظهار طرداً وعكساً ، كما يتعلق الظهار بالطلاق .

ثم أجرى الكلام رضي الله عنه إلى المسألة الخلافية في الذمي وأبان أنه من أهل الظهار ، كما أنه من أهل الطلاق ، وخالف أبو حنيفة^(١) في المسألة ، وصار إلى أن الذمي ليس من أهل الظهار ؛ بناء على أن الكفارة لا تصح منه ولا تلزمه ، والظهار عاقبته الكفارة ، ومن مذهب أبي حنيفة أن الكافر ليس من أهل التزام الكفارة ، ونص^(٢) مذهب الشافعي أن الكافر من أهل التزام الكفارة المالية ، وليس^(٣) من أهل الصوم ، ولا خلاف أن الكافر الأصلي لا يلتزم الزكاة ، وعقّد المذهب أن الزكاة وظيفة أثبتت عبادة على المسلم ، ليس فيها معنى التغليظ ، بخلاف الكفارة ؛ فإنها مضاهية للحدود ، ثم ليس في نفي الكفارة ما يوجب نفي تحريم الظهار ، كما قررناه في (الأساليب) .

فالذمي إذاً من^(٤) أهل الإعتاق ، فإن لم يجد ، لم يكن من أهل الصوم ، ثم لا تجزىء إلا المؤمنة عندنا ، وقد نمّنه من ابتياع عبد مسلم ، فلو قال [لمسلم]^(٥) : أعتق عبدك عن كفارتي ، ففي ذلك وجهان ، قدمنا ذكرهما في كتاب البيع ؛ فإن لم نجوّزه ، انحسم العتق ، إلا أن يكون له عبد كافر ، فيسلم ، أو يرث عبداً مسلماً .

(١) ر . مختصر الطحاوي : ٢١٤ ، مختصر اختلاف العلماء : ٤٨٩/٢ مسألة ١٠٢٦ ، رؤوس المسائل : ٤٢٥ مسألة ٢٩٦ ، الغرة المنيفة : ١٦٤ ، المبسوط : ٢٣١/٦ ، طريقة الخلاف : ١٣٠ مسألة ٥٤ .

(٢) (ت ٢) : ومن مذهب الشافعي أن الكافر ليس من أهل الالتزام .

(٣) في الأصل : فليس .

(٤) (ت ٢) : فالذمي إذا كان من أهل الإعتاق .

(٥) في الأصل : فلو قال المسلم .

فإن كان معسراً متمكناً من الصوم ، فالذي ذكره القاضي أنه لا ينتقل إلى الإطعام ، فلا يصير الكفر عذراً في حقه يجوز له الانتقال إلى الإطعام ، فإن أراد الخلاص من التحريم ، فليسلم وليصم ، وإلا استمر التحريم .

وهذا فيه نظر ؛ فإن الخطاب بالعبادة البدنية لا يجب على الكافر الأصلي ، فكأن الصوم مُخْرَجٌ من كفارة الذمي ، وهي آيلة في حقه إلى الإعناق والإطعام .

وقد يَرِدُ عليه أن الإطعام بدلُ الصيام ، ولا يجوز تقدير البدل في حق من لا يتحقق في حقه المبدل ، فنُحَوِّجُ عند ذلك إلى تقدير الكفر بمثابة العجز ، وهذا يوجب إسقاط الخطاب ؛ فإن العاجز لا يخاطب بالصوم .

والذي يؤكد ما ذكرنا أن حكمنا على الذمي بتأبد حرمة الظهار عليه بعيدٌ ، وحمله ١٤٨ ي على الإسلام بعيدٌ ، وقد يكون في حمله على ذلك حملٌ على الإسلام ، والمسألة على الجملة محتملة .

فهذا تفصيل القول فيمن يُظَاهِر .

[الفصل الثاني]^(١)

٩٤٩٨- فأما التي يصح الظهار عنها ، فيطرد في هذا النسق^(٢) اعتبارُ الطلاق أيضاً ، فكل امرأة يلحقها الطلاق يلحقها الظهار ، سواء كانت صغيرة أو كبيرة ، عاقلة أو مجنونة .

والبائنة لا يلحقها الطلاق ، ولا يثبت في حقها الظهار ، والرجعية يلحقها الطلاق والظهار ، والمرتدة الممسوسة إذا فُرض الظهار عنها ، كان كما لو فرض تطليقها ، والطلاق والظهار فيها يبتنيان على الترقب ، فإن استمرت على الردة حتى انقضت العدة ، فلا طلاق ولا ظهار ، ولو عادت قبل انقضاء العدة ، فتبين وقوع الطلاق والظهار .

(١) هذا العنوان [فصل] من عمل المحقق ، بناء على تقسيم المؤلف الذي رأيناه آنفاً .

(٢) (٢ ت) : الشيء .

والإيلاء يجاري الطلاق والظهار ، فهذه الخلال الثلاث تتلازم^(١) ، غير أن الأصح أن الإيلاء لا يصح من المجهوب ، ولا يصح إيلاء الفحل من الرتقاء ، وظهار المجهوب صحيح كطلاقه ، والظهار من الرتقاء صحيح كتطليقها ، والفرق أن الإيلاء يختص بالوقاع ، فلا ينعقد حيث لا يفرض تصوّره .

والظهار يحرم الوقاع وجملة الاستمتاع ، ولو فرض الإيلاء معقوداً بما دون الجماع من الاستمتاع ، مثل أن يقول : والله لا أُبَيِّلُكَ أو أفاخذُكَ ، فاليمين تنعقد [ولا]^(٢) يثبت حكم الإيلاء .

ثم إذا ظاهر عن الرجعية ، لم يخل إما أن يتركها حتى تنسرح أو يرتجعها ، فإن تركها حتى انسرح ، فقد ظاهر ، ولم يعد ، فلا تلزمه الكفارة .

وهذا فيه وقفة ؛ من جهة أن تطليق الرجعية إن كان لا يفيد مزيد تحريم ؛ فإنه يقطع سلطته في الرجعة ؛ من جهة أن من يملك ثلاث طلاقات يفرض له رجعتان ، فإذا طلق واحدة ، ثبتت له رجعة ، ولو طلق الثانية ، قطع بها رجعة ، وفيه تنقيص العدد ، والظهار ليس فيه ما يتضمن التأثير في الملك ، والرجعية محرمة ، ولم يتفق عود فتجب الكفارة ، ولا يبقى في الظهار فائدة إلا تحريم محرمة ، ولكن التحريم حكم من الأحكام ، وقد يثبت الحكم الواحد بعلة ، وتحقيق هذا في الأصول .

ثم إذا ظاهر عن الرجعية ، وراجعها ، فهل نجعل نفس الرجعة عوداً أم لا ؟ فيه وجهان وسنذكر ذلك عند ذكرنا معنى العود ، إن شاء الله تعالى .

فَصْلُكَ

قال : « ولو نظاهر من امرأته وهي أمة ، ثم اشتراها . . . إلى آخره »^(٣) .

٩٤٩٩- نذكر في أول الفصل رسم العود حتى إذا أردنا التفريع عليه لم يخف المراد على المنتهي إليه .

(١) (٢) : ثم لزم .

(٢) في النسختين : فلا .

(٣) ر . المختصر : ١١٦ / ٤ .

فالمذهب الذي عليه التفريع أن معنى العَوْد أن يمسك المظاهر امرأته زماناً ، لو أراد أن يطلقها فيه ، لأمكنه ، فإذا ظاهر ، ثم لم يطلّق مع التمكن منه ، حتى مضى زمان إمكان الطلاق ، فهذا مظاهرٌ عائد ، ومعنى العود في وضع اللسان إذا أردنا تطبيقه على المعنى أن الذي قال : أنت عليّ كظهر أمي أتى بلفظةٍ متضمّنها التحريم ؛ فإذا أمسكها ، فكأنه لم يحقق ذلك التحريم ، فكان كالمناقض ، وسمي عائداً / ، على ١٤٨ ش مذهب قول القائل : قال فلان قولاً ، ثم عاد فيه نقضاً ورفضاً ، وعاد فلان في هبته .

وإذا^(١) ظاهر وطلق ، قيل : مظاهرٌ غير عائد ، أي أظهر تحريماً ثم حققه .

هذا معنى العَوْد على الجملة ، وسيأتي تفصيله في موضعه ، إن شاء الله .

٩٥٠٠- فإذا بان هذا ، قلنا بعده : إذا ظاهر الرجل عن زوجته الأمة ، وعاد في ظهاره ، والتزم الكفارة ، ثم إنه اشتراها ، فإننا نحكم بانفساخ النكاح بطريان الملك ، وهل يستبيحها بملك اليمين ؟ ظاهر المذهب أنه لا يستبيحها ؛ فإن تحريم الظهار ممدود إلى التكفير ، وهذا ظاهرٌ والتزم الكفارة بالعَوْد ، ولم يكفر .

ومن أصحابنا من قال : يحل له وطؤها بملك اليمين ؛ فإن الظهار يوجب التحريم في النكاح ، ويمنع الاستباحة به ، والدليل عليه أنه لو قال لأمتي : أنت عليّ كظهر أمي ، لم تحرم ، ولم يكن للظهار معنى ، ولم تجب الكفارة ، فإذا انتهى الأمر في الأثناء إلى ملك اليمين ، فقد انقطع محل الظهار .

وهذا يجري في مسألتين : إحداهما - أنه إذا طلق زوجته الأمة ثلاثاً ، [بعدها]^(٢) جرى الحكم بأنها محرّمةٌ عليه حتى تنكح زوجاً غيره ، فلو اشتراها ، فهل يستبيح وطأها قبل أن تنكح زوجاً آخر ؟ .

فيه خلاف [قدمته]^(٣) ؟ والأظهر أنه لا يستبيحها .

والحق القاضي ما لو لَاعَن عن زوجته ، وحرمت عليه ، ثم اشتراها ، قال : في

(١) عبارة (ت ٢) : وإذا ظاهر ولم يطلق قبل مظاهر عائد أي أظهر فهماً ثم حققه .

(٢) في النسختين : « بعد ما » والمثبت تصرّف من المحقق .

(٣) غير مقروءة في الأصل .

استباحتها بملك اليمين الوجهان ، فتحصلت ثلاث مسائل ، والظاهر في جميعها استمرار التحريم ، وذكرُ الخلاف في اللعان بعيدٌ مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « المتلاعنان لا يجتمعان أبداً »^(١) .

وهذا^(٢) تهويلٌ ، والقياس طرد الخلاف ، ولكن إن حكمنا بأن اللعان لا يجري في ملك اليمين ، أو قلنا : إنه يجري ولا يوجب التحريم ؛ لأنه مخصوص بضرورة نفي النسب ، فالخلاف الذي ذكرناه مذكور ، فأما إذا قلنا : اللعان يجري في ملك اليمين ويحرم المملوك على الأبد ، فيبعد^(٣) ذكر الخلاف ، مع العلم بأن تحريم اللعان لا ينافي^(٤) ملك اليمين .

وهذا كله فيما يوجب تحريماً ولا يوجب محرمة .

فأما ما يوجب التحريم والمحرمة ، فيستوي فيه النكاح وملك اليمين ، كالنسب والرضاع والصهر .

وكل ما ذكرناه فيه إذا ظاهر عن أمراته وعاد والتزم الكفارة ، ثم اشتراها .

٩٥٠١- فأما إذا قال للزوجة الأمة : أنت عليّ كظهر أمي ، ثم قال على الاتصال : اشتريتها ، فهل نجعل هذا تحقيقاً للظهار ، ناقضاً للعود^(٥) ؛ من جهة أن الملك إذا حصل ، تضمن حصول الفراق ، فإذا أعقب المظاهر الظهار بسبب من أسباب الفراق ، لم يلتزم الكفارة إذا لم تلتزم ، فتحلّ هذه بملك اليمين ؟ .

اختلف أصحابنا في المسألة : فذهب بعضهم إلى أن هذا يناقض العود ؛ من حيث إنه قاطع للنكاح ، وقال آخرون : ليس ذلك مناقضاً للعود ؛ فإن المناقض للعود هو الذي يحقق التحريم كالطلاق ، والشراء وإن كان يرفع النكاح ؛ فإنه سبب استحلال ، ي ١٤٩ فقد نقلها من سبب حلٍّ إلى سبب حل ، ومن/ فراش إلى فراش ، فإن لم نجعله

(١) سيأتي تخريج هذا الحديث في موضعه من كتاب اللعان .

(٢) وهذا تهويل : الإشارة إلى كلام القاضي الذي استبعد به الخلاف في اللعان .

(٣) (ت ٢) : فيتبعه .

(٤) (ت ٢) : لا يجري في ملك اليمين ، فيما يوجب تحريماً ، ولا يوجب محرمة .

(٥) (ت ٢) : فهل نجعل هذا تحقيقاً للظهار ، ومناقضاً للظهار ، ومناقضاً للعود .

عائداً ، فقد حَقَّقَ الظهار وانتهى ، وتحل هذه بملك اليمين .

وإن قلنا : لا يكون الشراء مناقضاً للعود ، فهو عودٌ ؛ فإنه ترك الطلاق مع القدرة عليه ، ثم إذا جعلنا هذا عوداً ، فيلتزم الكفارة ، وفي استباحتها بملك اليمين الخلاف الذي ذكرته ، وسنعيد فصل الشراء في فصل العود إذا خُصنا في بيانه ، ثم نذكر عنده أن الاشتغال بأسباب الشراء قد ينزل منزلة الشراء .

٩٥٠٢- قال الشيخ أبو علي لو ظاهر وعاد ، ثم اشتراها وانفسخ النكاح ، وأعتقها ، ثم نكحها ، لم يستحل وطأها في النكاح الثاني حتى يكفر وجهاً واحداً ؛ فإن التردد الذي ذكره الأصحاب في الاستباحة بملك اليمين ، فأما الاستباحة بالنكاح مع بقاء كفارة الظهار ، فلا سبيل إليه ، وقد يختلج في نفس الفقيه تخريجٌ لهذا على عود الحنث مصيراً إلى أنه بالظهار تَصَرَّفَ في النكاح الأول ، وقد تَصَرَّمَ ذلك النكاح ، فلا يبعد أن يتصرم ما فيه ، وتبقى الكفارة في ذمته إلى أن يخرج عن عهدها .

والذي يوضح هذا أن الطلاق على أثر الظهار أسقط أثرَ تحريم الظهار ، وهذا^(١) إن ظنه ظانٌ ، فلا أصل له في قول المشايخ ، والذي رأيناه القطع بما ذكرناه ، فلو ظاهر الرجل عن امرأته وعاد ، ثم أبانها ، ثم نكحها ، لم يجامعها حتى يكفر ؛ ولعل السبب فيه أن الظهار يتضمن تحريماً من غير أن يؤثر في الملك ، فلا يقطعه زوال الملك .

وقد ذكرنا إجراء القولين في الإيلاء ، والسبب فيه أن الإيلاء يتعلق عاقبته بالطلاق ، وعود الحنث أصله الطلاق [وهو مشبه به]^(٢) .

ولو قال لامرأته : إن دخلت الدار ، فأنت عليّ كظهر أمي ، ثم أبانها ونكحها ، فدخلت الدار ، خرج ذلك على عود الحنث ، فإنه جرى يمينا كالإيلاء وتعليق الطلاق .

وينتظم من ذلك أن التعليق واليمين يجري فيهما أقوال العود ؛ لأن المقصود منهما مرتقب غير ناجز ، والظهار إذا حرَّم ، فقد تنجز ، ثم ارتفاعه معلق شرعاً بالتكفير ؛

(١) إشارة إلى أن قطع الملك في النكاح بالطلاق يُسقط أثر العود كما يسقط أثر تحريم الظهار .

(٢) في الأصل : وما تشبه به . والمثبت من (٢) .

فتجدد النكاح وتعدده لا يؤثر في رفع ما وقع ، وهذا متجه ، وهو يُقَوِّي تحريمها بملك اليمين أيضاً .

هذا منتهى النقل والتوجيه والتنبيه ، والله المستعان .

٩٥٠٣- ثم ذكر الشافعي رضي الله عنه ظهار السكران وقد استقصيت الكلام فيه في كتاب الطلاق ، والذي عثرت عليه هاهنا أنا إذا قلنا : تصرف السكران نافذ ، فهذا مطرد وهو ينطق ويخاطب ويُجيب ، فأما إذا كان في السكر الطافح ، فبدرت منه كلمة من حل ، أو عقد ، أو تحريم ، أو تحليل ، فالذي قدمته أن ذلك لاغ ، وليس يسمى كلاماً ، وهذا صحيح .

وحكى شيخى أن ذلك نافذ ؛ تغليظاً وتشديداً وإن بعد هذا عند إنسان ، قيل له : السكران الذي ينطق ويجيب على صورة المجنون ، ثم نفذت ألفاظه ، فليكن السكر الطافح كذلك .

وهذا يعارضه أن ما صدر منه لا يسمى كلاماً ، فليتصور منه نطق ، ثم يقع النظر ش ١٤٩ بعده في تصحيحه / ورده ، ويجوز أن يجاب عنه ، فيقال : من كلام الناس : أن فلاناً كان يتكلم نائماً ، وهذا تليس ؛ فإن ذلك يذكر على مذهب التجوز والتشبيه ، واللفظ الحق فيه أنه هذى وما تكلم .

* * *

باب ما يكون ظهاراً وما لا يكون ظهاراً

٩٥٠٤- الكلمة الشائعة في الجاهلية والإسلام في الظهر أن يقول : أنت علي كظهر أمي ، ثم لا مناقشة في الصلوات^(١) إذا انتظم الكلام ، فلو قال : أنت علي كظهر أمي ، أو أنت معي كظهر أمي ، أو مني كظهر أمي ، فهذه الصلوات كلها [شائعة]^(٢) لا تتغير بها مراتب الكلام .

ولو لم تستعمل صلة ، فقال : أنت كظهر أمي ، فذلك صريح ، هكذا ذكره القاضي ، وإن كان يحتمل أن يريد أنها كظهر أمه في حق غيره ، ولكن لا نظر إلى هذا ، كما لو قال لامرأته : أنت طالق ، ثم قال : أردت بذلك الإخبار عن كونها طالقاً من جهة فلان .

٩٥٠٥- ولو شبه امرأته بعضو آخر من أعضاء الأم سوى الظهر ، فقال أنت علي كـ (يد) أمي ، أو كـ (رجل) أمي ، أو كـ (بطن) أمي ، فلا أصحابنا طريقان : منهم من أجرى في غير الظهر من الأعضاء التي لا يشعر التشبيه بها بالإكرام قولين : أحدهما - وهو المنصوص عليه في الجديد أن الظهر يثبت .

والثاني - وهو المنصوص عليه في القديم أن الظهر لا يثبت .

ومنشأ القولين أن الشافعي رحمه الله في الجديد قد يتبع المعنى ؛ فلا يرى^(٣) اتباع صيغة اللفظ المعهود في الجاهلية [حقاً]^(٤) ، وكان في القديم لا يرى إلا الاتباع ومعهود الجاهلية ، وهذا بعينه مأخذ القولين المذكورين في الإيلاء ، فالجديد مبناه

(١) (ت ٢) : لا مناقضة في الصلوات .

(٢) في الأصل : سائغة .

(٣) (ت ٢) : ولا يرى اتباع صيغة اللفظ المعهود في الجاهلية ، وهذا بعينه مأخذ القولين .

(٤) في الأصل : حقها .

على أن يلتزم بالوطء بعد أربعة أشهر أمراً ، ولا يختص الإيلاء على ذلك باليمين بالله ، كما سبق تفصيله ، وفي القديم رأى اتباع معهود الجاهلية ، وهذا يوجب ألا يثبت الإيلاء إلا بالحلف بالله تعالى ، أو بصفة من صفاته ، وهؤلاء من أصحابنا أجزوا القولين فيه إذا قال : أنت عليّ كفرج أُمي ، ولم يستثنوا من الأجزاء إلا ما في ذكره معنى الكرامة على ما سنصفه .

وقال شيخنا أبو علي رحمه الله : إذا قال : أنت عليّ كفرج أُمي ، فهذا ظهار قولاً واحداً ، فإنه تصريح بالمقصود ، والتشبيه بعضو آخر [تسبّب لهذا]^(١) ، ونحن وإن كنا نقتصر على موارد النصوص في بعض المواضع ، فلا ننتهي إلى منع الإلحاق بالكلية ، بل نلحق بالمنصوص عليه ما في معناه .

هذا بيان القول في تشبيه الزوجة بجزء من أجزاء الأم غير الظهر ، إذا كان الجزء غير مشعر بالكرامة .

٩٥٠٥/م- ولو قال : أنت عليّ كعين أُمي أو كروح أُمي ، فإن أراد ظهاراً ، كان ظهاراً على الجديد ، وإن أراد الكرامة ، فليس بظهار ؛ فإن لفظه محتمل لذلك ، وإن أطلق لفظه ، اختلف أصحابنا في المسألة ، فمنهم من جعله كرامة ، وقد حكي ذلك ي ١٥٠ عن القفال/ .

ومنهم من جعل المطلق محمولاً على الظهار ، وهو اختيار القاضي ؛ فإن اسم العضو صريح في [الحرمة]^(٢) ، والكرامة تعرض ضمناً إذا قُصدت ، فإذا كان اللفظ مطلقاً ، وجب التمسك بحمل اللفظ على العضو نفسه .

وهذا الذي ذكرناه تفريعٌ على أن التشبيه بالبطن وما في معناه ظهارٌ ، فإننا إذا كنا لا نجعل التشبيه بالبطن ظهاراً ، فالتشبيه بالعين أولى ألا يكون ظهاراً .

ولو قال : أنت عليّ كرأس أُمي ، اختلف أصحابنا : فمنهم من قال : الرأس من أعضاء الكرامة كالعين ، وقد سبق التفصيل فيه .

(١) في الأصل : تشبيب بهذا ، والمثبت من (٢) .

(٢) في النسختين : حرمة . والمثبت تصرف من المحقق .

ومنهم من قال : الرأس كالبطن ، وقد تقدم الكلام فيه أيضاً ، والمسألة محتملة .

٩٥٠٦- ولو قال لامرأته أنت كأمي ، فإن نوى أنك بمحلّ أمي كرامةً وتعظيماً ، فما قاله محتمل ، ولا يصح الظهار ، ولو أراد الظهار ، فهو ظهار ؛ تفريعاً على الجديد .
ولو أطلق ، فعلى اختلاف الجواب .

قال صاحب التلخيص^(١) : هذا الأصل على مناقضة الأصول ؛ فإن الطلاق إذا أضيف إلى الجملة كان صريحاً ، وإذا أضيف إلى البعض ، حُمل على الصريح ، بتسرية أو تكلفٍ معنى آخر ، والظهار إذا أضيف إلى الظهر وهو جزء من الجملة ، كان صريحاً ؛ فإنه معهود الجاهلية ، وإذا أضيف إلى الجملة ، كان متردداً ، كما نبهنا عليه .

ثم ذكر صاحب التلخيص ألفاظاً تضاف إلى الأبعاض ، ولا خفاء بمعظم ما ذكره ، ونحن نذكر ما نرى فيه فائدة ، قال : النكاح والرجعة إذا أضيفا إلى البعض ، لم يصح واحد منهما ، والضابط فيه أن ما لا يُعلّق لا يضاف إلى البعض ، ويخرج منه أن الطلاق والعَتاق يعلّقان ، فلا جرم يضافان إلى الأجزاء ، والظهار يُقبل التعليق أيضاً ، وهو في وضعه مضاف إلى عضو .

٩٥٠٧- ولو قال : والله لا أجامع نصفك ، فإنّا نقدم عليه [أصلاً]^(٢) ، فنقول : لو أضاف اليمين إلى عضوٍ معيّن ، فهل يكون مولياً ؟ .

إن أضافه إلى الفرج ، كان مولياً فإنه صرّح بالمقصود^(٣) ، ونصّ ، وتعرّض للغرض ، وخصّه بالذكر ، فلو قال : والله لا أجامع فرجك ، والله لا أولج ذكري في فرجك ، فهذا إيلاء .

ولو قال : والله لا أجامع بعضك قال صاحب التلخيص : لا يكون مولياً ، قال الشيخ : وعندي أنه لو قال والله لا أجامع بعضك ، فنوى بذلك البعض فرجها ،

(١) ر . التلخيص لابن القاص : ٥٤٠ .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) (٢) : فهل يكون موالياً ؟ فإنه صرح بالمقصود . . .

فيكون^(١) مولياً ؛ فإن اسم البعض صالح للفرج ، فأما إذا ذكر جزءاً شائعاً ؛ فقال : والله لا أجامع نصفك ، قال الشيخ أبو علي : لا يكون مولياً إذا قصد الإشاعة ، فإن اليمين^(٢) ليست مفهومةً على الشيوع في النصف .

هذا ما ذكره الشيخ ، وفيه فضل نظر ، فنقول : إن أراد بالنصف أسافلها ، فهو كما لو ذكر البعض وأراد به الفرج ، وإن زعم أنه أراد بالنصف النصف الشائع حقاً ، فالذي ذكره الشيخ : أن هذا ليس بإيلاء ، أما أن نجعله صريحاً ، فلما ذكره وجه^(٣) ؛ فإن لفظ المجامعة مستعار في الأصل ، وُضِعَ كنايةً ، وإلا فهو من المضامة التي تناقض ش ١٥٠ المفارقة ، ثم استفاضت وشاعت حتى التحقت بالصرائح ، وشرط كون/ هذا اللفظ صريحاً أن يستعمل على المعهود والمعتاد ، فإن لم يستعمل كذلك ، لم يكن مشعراً بالمعنى وضعاً ولا عرفاً^(٤) ، وهذا تعليل [قولنا]^(٥) : إن هذا ليس بصريح .

وإن أراد أنه لو نوى بالجماع المقصود المحقق^(٦) وأضافه إلى النصف الشائع ، فلا يكون مولياً ، فهذا قد يتطرق إليه وجه في الاحتمال ؛ فإنه إذا نوى بقلبه المقصود ، صار ذلك المعنى كالطلاق ، ثم الطلاق لا يصح اعتقاد وقوفه على النصف الشائع ، غير أنه يتعداه ويثبت في الجميع ، فلو قيل بهذا في الإيلاء ، لم يكن بعيداً .

ويجوز أن يقال : الجماع معنى معلوم لا [يعقل]^(٧) إضافته إلى الجزء^(٨) الشائع ،

(١) (٢) : فنوى بذلك البعض فرجها أثم فيكون مولياً .

(٢) (٢) : فإن المسألة ليست مفهومة .

(٣) في العبارة شيء من الغموض ، ولعل المعنى : أنا إن جعلنا لفظ الجماع صريحاً ، فيكون لما ذكره الشيخ وجهٌ ، فإن لفظ الجماع ليس صريحاً وضعاً ، ولكنه صار صريحاً بالشيوع والاستفاضة ، وشرط كونه صريحاً أن يستعمل على المعهود والمعتاد ، كأن يقول والله لا أجامعك ، أما إذا استعمل على نحو غير ذلك ، كأن يقول : والله لا أجامع نصفك ، فهنا يتوجه قول الشيخ أبي علي : أنه ليس بإيلاء . والله أعلم .

(٤) (٢) : صرفاً وعرفاً .

(٥) زيادة من (٢) .

(٦) (٢) : التحق .

(٧) في الأصل : يغفل . والمثبت من (٢) .

(٨) (٢) : إلى الخمر الشائع .

والطلاق [يعقل]^(١) إضافته إلى الجزء^(٢) الشائع ، كما يعقل إضافة العتق إليه ، وكما يصح إضافة البيع والرهن إليه .

ثم قولنا : لا يقف على النصف حكمٌ ، ومقصود الجماع فعل محسوس وإضافته إلى الجزء الشائع غير معقول .
هذا منتهى المراد في ذلك .

٩٥٠٨- [و]^(٣) مما ذكره صاحب التلخيص أنه لو قال : زنا فرجك أو دبرك ، فهو^(٤) صريح في القذف ، وهو بمثابة قوله : زنت .

ولو قال : زنى بدنك ، فهل يكون صريحاً في القذف ، فعلى وجهين ذكرهما الشيخ ، ووجه الاحتمال فيه يتن . ولو قال الرجل : زنى بدني ، لم يكن ذلك صريحاً في الإقرار بالزنا ، والفرق بين الإقرار وبين القذف عسر ، فالوجه طرد الوجهين فيهما .

٩٥٠٩- ومما ذكره الأئمة أنه لو شبه امرأته بغير أمه من محارمه ، مثل أن يشبهها بجده ، أو أخته من النسب ، أو الرضاع ، أو من تحرم عليه بالصهر ، فكيف السبيل في هذه الألفاظ ؟

المنصوص عليه في القديم أنه لا يكون مظاهراً إذا تعدى التشبيه بالأم ، وهذا يُخرَج على اتباع معهود الجاهلية ، كما تقدم ، واستثنى معظم الأئمة الجدة ، وجعلوها كالأم ، وحكموا بأنه يكون مظاهراً في الجديد والقديم ؛ فإن الجدة تسمى أمّاً .

ومن أئمتنا من أجرى في الجدة القولين ، فأما من عدّ الجدات من المحرمات بالنسب ، فالقولان^(٥) جاريان في التشبيه بهن .

(١) في الأصل : يغفل . والمثبت من (٢) .

(٢) (٢) : إلى الخمر الشائع .

(٣) في الأصل : مما .

(٤) (٢) : كان ذلك صريحاً في القذف بمثابة قوله .

(٥) (٢) : فالقولان جاريان في التشبيه بهن ، ففيه ثلاثة أقوال .

والمحرمات من الرضاع إذا جرى تشبيه بهن ، ففيه ثلاثة أقوال : أحدها - أنه لا يكون مظاهراً ؛ لأنه على خلاف معهود الجاهلية .

والقول الثاني - أنه يكون مظاهراً إذا كانت المشبه بها محرماً حالة التشبيه .

والقول الثالث - أنها إن لم يعهدها الرجل إلا محرمة ، فالتشبيه بها ظهار ، فإن كانت مستحلّة في حياته ، ثم طرأ التحريم برضاع طارئ ، فالتشبيه بها لا يكون ظهاراً .

وأما التشبيه بالمحرمات بالصهر ، ففي أصله خلاف : من أئمتنا من قال : لا يكون المشبه بالمحرمات صهراً مظاهراً ؛ فإن الرضاع إن تبع^(١) ؛ من حيث إنه ينبت اللحم ويُنَشِرُ العظم ، فالصهر لا يلتحق [به]^(٢) .

ويُبعد من أصحابنا من قال : المحرمات بالصهر في التشبيه بهن بمثابة المحرمات بالرضاع ، ثم تجري الأقوال الثلاثة التي ذكرناها في المحرمات بالرضاع .

ي ١٥١ ٩٥١٠ - ولو قال الرجل لامرأته : أنت علي كظهر أبي^(٣) ، فقد وجدت / الطرق متفقة على أن هذا لا يكون ظهاراً ؛ فإنه اجتمع فيه أنه ليس معهود الجاهلية ، وليس من شخص يتوقع فيه استحلال ، حتى إذا لم يكن الحل وكانت الحرمة بغرض التشبيه . ولا خلاف أن تشبيه المرأة المحرمة تحريماً مؤقتاً لا يكون ظهاراً ، مثل أن يقول لامرأته : أنت علي كظهر فلانة ، وكان طلقها ثلاثاً ، وكذلك أجمعوا على أن التشبيه بالتي لاعن عنها لا يكون ظهاراً ، وإن كانت الملائنة محرمة على الأبد ، فلا يقع الاكتفاء بالتحريم ، حتى ينضم إليه المحرمية .

٩٥١١ - ومأخذ الكلام في هذه المسائل أن الشافعي في القديم اتبع النصّ [ومعقوداً]^(٤) الجاهلية ، ولم ير الحيد^(٥) عنه بطريق المعنى ، ورأى في الجديد اتباع

(١) (ت ٢) : تبقى .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) (ت ٢) : أمي .

(٤) في النسختين : فمعهود . والمثبت من المحقق .

(٥) (ت ٢) : الخبر .

المعنى ، ولم ير الإبعاد بالكلية ، وطُرِدَ التحريم ، بل شبه وقرب ، ولم ير التمسك بالقياس المحض من كل وجه ، فإن هذا تصرف منه في الأصل ، والأقيسة لا تجول في الأصول على اتساع ، ولا بد وأن تكون مضبوطة بنوع من الاتباع .
فإذا ترقى الناظر إلى الفروع فيتسع عند ذلك مجاله في القياس .

فصل في

قال : « ويلزم الحنث بالظهار ، كما يلزم بالطلاق . . . إلى آخره »^(١) .

٩٥١٢- الظهار قابلٌ التعليق بالصفات والأخطار ، فإذا قال : إن دخلت الدار ، فأنت عليّ كظهر أمي ، تعلق الظهار ، كما يتعلق الطلاق . والظهار في تفریع المسائل مردّدٌ بين الإيلاء وبين الطلاق ، كما سيأتي بيان ذلك ، ثم الطلاق يقبل التعليق ، والإيلاء يقبل التعليق أيضاً ، والظهار [لا يجاذبه]^(٢) أصل سوى ما ذكرناه .

ولو قال : إذا نكحتك ، فأنت عليّ كظهر أمي ، خاطب بذلك أجنبية أو بائة ، فإذا نكحها لم ينعقد الظهار ، كما لا ينعقد الإيلاء والطلاق قبل النكاح .
هذا ما ذكره الأئمة وأطلقوه .

وحكى صاحب التقريب قولاً مثلاً مذهب أبي حنيفة في الطلاق ، وأعاد حكايته ، في الإيلاء ، وكرره في الظهار ، وعزاه إلى القديم ، وأخذ يُجْريه في الكتاب ، ويفرع عليه ، وهو غريب ، ولولا اعتناؤه بترديده ، لما حكاه .

فصل في

قال : « ولو قال : أنت طالق كظهر أمي ، يريد الظهار ، فهو طلاق . . . إلى آخره »^(٣) .

٩٥١٣- إذا قال لامرأته : أنت طالق كظهر أمي ، فالذي يجب القطع به أن كلامه

(١) ر . المختصر : ١٢٠ / ٤ .

(٢) في الأصل : لا يجاذبه .

(٣) ر . المختصر : ١٢١ / ٤ .

يشتمل على صريح الطلاق ، إذ قال : أنت طالق ، فلا مدفع للطلاق ، ولا مطمع في نفيه .

فإذا تبين هذا ، بنينا عليه ما نقصد ، فنقول : إن أطلق هذا اللفظ ، فهو طلاقٌ لا غير ، فإن قيل : قد أتى بصريح لفظ الظهار أيضاً ، فإذا ضمنا قوله آخراً إلى الخطاب المذكور أولاً ، لكان صريحاً ؛ إذ في كلامه : « أنت كظهر أمي » .

قلنا : اتصل قوله : « طالق » بقوله : « أنت » ، فانسق الطلاق لفظاً ونظماً ، وتخلل ذلك بين الخطاب وبين آخر الكلام ، فخرج بالتقطع عن كونه صريحاً ، واتجه فيه إيقاعُ الطلاق ، وجعلُ لفظ الظهار تأكيدَ التحريم ، فلا يقع عند الإطلاق^(١) إذاً إلا الطلاق .

ش ١٥١ وإن نوى الظهار بقوله / كظهر أمي ، نظر : فإن بانت بالطلاق ، فهذا ظهار بعد البينونة ، والظهار بعد البينونة مردود .

وإن كان الطلاق رجعياً ، فهذا ظهار عن رجعية ، وحكمه ما قدمناه من الصحة ، وتوقفُ العود .

٩٥١٤- وحاصل الكلام أن ما ذكر من لفظ الظهار كناية ، وما ذكر من لفظ الطلاق صريح ، ثم الطلاق سابق لفظاً ووقوعاً ، والظهار بعده ، وهذه الجملة تتضمن التفصيل الذي ذكرناه لا محالة .

ثم إذا كان الطلاق رجعياً ، فقد ذكرنا أن الظهار يصح ، ولا يثبت العود ، وكذلك لو ظاهر عن رجعية ابتداءً ، ثم إذا ارتجعها ، [فنفس]^(٢) الرجعة هل تكون عوداً ؟ فيه وجهان ذكرناهما : أحدهما - أنه تكون عوداً ؛ لأن [إمساك]^(٣) المرأة بعد الظهار لحظةً من حيث يناقض التحريم جعل عوداً ، فالرجعة ابتداءً استحلال ، فهو أولى بأن يكون عوداً .

(١) (ت ٢) : الطلاق .

(٢) في الأصل : بنفس .

(٣) في الأصل : الإمساك .

والوجه الثاني - أن الرجعة لا تكون عَوْداً ؛ فإنَّ الحلَّ يحصل بها ، والمناقضة إنما تتحقق بالإمساك في زمن الحل^(١) .

٩٥١٥- ولو قال لامرأته : أنت عليّ كظهر أمي ، ثم طلقها على الاتصال^(٢) طلاقاً مبيناً ، ثم جدد النكاح ، فقد قال الشيخ : هل نجعل النكاح عَوْداً في الظهار الذي مضى في النكاح الأول ؟ فعلى وجهين مرتبين على الوجهين المذكورين في الرجعة ، والنكاحُ أولى بأن لا يكون عَوْداً ، والسبب فيه أن الطلاق إذا كان رجعيّاً ، فلا ينافي الظهار ؛ فلا يقطعه ، والظهار على الابتداء يوجّه على الرجعية ، فيصحّ ، فإذا كان الطلاق المتصل بالظهار مبيناً ، فقد انقطع الظهار بانقطاع النكاح ، وهذا على قول عود الحنث ، وفيه كلام عريض^(٣) سيأتي في فصلٍ مفردٍ بعد هذا ، إن شاء الله .

فَصْلٌ

قال : « ولو قال : أنت عليّ حرام كظهر أمي يريد الطلاق ، فهو ظهار... إلى آخره »^(٤) .

٩٥١٦- هذه المسألة فيها التباسٌ ، ولم يعتنِ بنهاية الكشف فيها أحدٌ اعتناءً الشيخ أبي علي ، وذكر في مقدمة المسألة فوائد تتعلق بلفظ التحريم ، ونحن نستاق كلامه على وجهه ، ونذكر ما يتعلق به من مزيد فوائد عندنا .

قال رضي الله عنه : إذا قال الرجل : أنت عليّ حرام ، ونوى بذلك تحريمها في عينها ، فيلزمه كفارة اليمين ، ثم قال : والمذهب أن الكفارة تلزم ، وإن لم يطأها ،

(١) في هامش الأصل أمام هذا الكلام - بدون علامة لحق - ما نصه : « أمكن ما بعدها يدل على أنه إذا أمسكها بعد الارتجاع يكون عائداً ، وإنما الخلاف في أن العود يحصل بنفس الرجعة أم بالإمساك بعدها » ا. هـ - بنصه . وواضح أنه لا يفيد معنىً جديداً ، وأن العبارة مستقيمة بدون ، فلعله تعليقٌ من الناسخ أو من أحد المطالعين بخط صادف أنه يشبه خط الناسخ . والله أعلم .

(٢) أي طلق متصلاً بالظهار ، فلم يمسكها الوقت الذي يجعله عائداً .

(٣) (٢) : عريضٌ .

(٤) ر . المختصر : ١٢١ / ٤ .

[فمجرد]^(١) لفظ التحريم يوجب الكفارة ، قال : وقد غلط بعض أصحابنا ، فقال : لا يلزمه الكفارة من غير جماع وإن لم يكن^(٢) قد نوى اليمين والحلف ، وقد ذكر بهذا الوجه صاحبُ التقريب ، والعراقيون ، وزيفوه .

٩٥١٧- ولو قصد بالتحريم إيلاءً ، فهل يصير حالفاً ؟ المذهب الذي قطع به معظم المحققين أنه لا يكون إيلاءً ؛ فإن عماد اليمين بالله تعالى ذكرُ اسم الله سبحانه ، والكنائيات لا تشعر بهذا المقصود .

وذكر شيخه رضي الله عنه : « أن لفظ التحريم يصير بالنية إيلاءً ، حتى كأنه قال : والله لا أصبتك » ، ولا نعرف خلافاً أنه لو قال لإحدى امرأته : والله لا أصبتك ، ثم ي ١٥٢ قال لصاحبته : أشركتك/ معها ، ونوى عقد اليمين عليها ، فلا ينعقد اليمين . ومن ذكر الوجه الذي قدمناه في التحريم ، قال في التحريم مشابهةً اليمين ؛ من حيث يتعلق به كفارة اليمين^(٣) ، قال الله تعالى في أول سورة التحريم : ﴿ قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ ﴾ [التحريم : ٢] ، فاحتمل الانصراف إلى اليمين بما له من المشابهة مع اليمين في موجبها ، وهذا لا يتحقق في لفظ الإشراك وما في معناه .

ثم لما ذكر الشيخ أبو علي الوجه الضعيف في وقوف وجوب الكفارة على الوطء وإن لم يكن التحريم يميناً ، بنى عليه أمراً ؛ فقال : إذا فرعنا على هذا الوجه ، ومضت أربعة أشهر ، فهل يكون الزوج مولياً ، فإنه يلتزم بالوقاع بعد أربعة أشهر أمراً ، وهذا عماد الإيلاء ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه يكون مولياً لما ذكرناه ، كما لو قال : إن وطئتك ، فعبدني حر ، والوجه الثاني - أنه لا يكون مولياً ؛ لبعد لفظه عن صيغ الأيمان ، وقد ذكرنا أنا وإن كنا نتصرف على المعنى ، فلا نطمع في طرده والكلام^(٤) في الأصل ، وكأننا على الجديد قد نشترط أن يلتزم بالوطء بعد أربعة أشهر

(١) في النسختين : بمجرد . والمثبت من المحقق .

(٢) المعنى أنه لو وطئ بعد التحريم ، تجب عليه كفارة يمين ، وإن لم يكن هذا يميناً ، لا بالصيغة ، ولا بنية قائله .

(٣) ومقتضى هذا أن يكون التحريم إيلاءً ، وعليه لا تجب الكفارة إلا بالوطء .

(٤) والكلام في الأصل . الواو هنا واو الحال . وهو يشير إلى ما مرّ آنفاً من أن اتباع المعنى في الأصول لا مطلق في طرده .

أمراً إذا كان حالفاً ، وكان الالتزام بطريق الحلف ، حتى لا يبعد عن الآية ، والإيلاء .
 وشبب الشيخ بمذهب^(١) مالك في الظهار ، وقال : إذا ظاهر عن امرأته ، ومضت
 أربعة أشهر ، فلا يمتنع أن نجعله مولياً ، ونطالبه مطالبة المولين على قولنا : إن العود
 من المظاهر هو الجماع^(٢) ، فيتسق على هذا القول التزام الكفارة بالوطء .

وهذا بعيد جداً ، ولا يسوغ عدّه من المذهب ، وما ذكره في التحريم تفريع على
 وجه مزيف غير معتمد به ، ثم لو قدرناه ثابتاً ، فليس^(٣) التحريم كالظهار ؛ فإن التحريم
 وإن وقعت الكفارة فيه على الوقاع ، فهو لا يقتضي إيقاع تحريم ، فيستظم المَهْلُ
 وضربُ الأجل ، فإن مقتضاه التخيّر بين الوطء والترك ، وهذا إنما يتحقق في التي
 ليست محرّمة ، ولهذا حكمنا بأن الأسباب المحرّمة فيها تمنع من انقضاء المدة
 واحتسابها ، والظهار يتضمن التحريم ، فلا يطابق الإمهال ويبعد عن وضع الإيلاء ،
 فإن كنا نقول ونحن نفرع على أن العود هو الوطء : إن الوطء لا يحرم بنفس الظهار ،
 فيتجه حينئذ ما أشار إليه . وكل ذلك بُعدٌ عن مقتضى الأصول وتشويشٌ لها ، فهذه
 فوائد أجراها الشيخ في مقدمة المسألة .

ونحن نخوض بعدها فنقول :

٩٥١٨- إذا قال الرجل لامرأته : « أنت عليّ حرام » ، وزعم أنه نوى بذلك
 الظهار ، قبل منه .

ولو قال : أردت الطلاق ، قبل منه .

ولو زعم أنه نواهما معاً جمعاً من غير فرض تقدم وتأخر في النية ، فقد أجمع
 الأصحاب على أنهما جميعاً لا يحصلان جمعاً ، قال ابن الحداد : قد حصل^(٤) أحد
 المنويين ، فنقول للزوج : اختر الآن أيّهما شئت ، فإن اختار الظهار ، كان ظهاراً .

(١) ر . الإشراف على نكت مسائل الخلاف : ٢ / ٧٦٥ مسألة رقم : ١٤٠٧ ، ٧٧٢ مسألة رقم : ١٤٢٩ .

(٢) مذهب مالك أن العود هو العزم على الوطء (السابق نفسه) .

(٣) (ت ٢) : فهل التحريم كالظهار .

(٤) (ت ٢) : فإن ابن الحداد قد جعل .

ش ١٥٢ وإن اختار الطلاق ، كان طلاقاً . [فمن أصحابنا من يوافقه]^(١) / على ما يقول . ومنهم من يزعم أن الطلاق يتعين ويندفع الظهار ؛ فإن الطلاق أقوى وأنفذ ، وأثره في الملك ، فكان أولى في التنفيذ .

هذا إذا ذكر لفظ التحريم وزعم أنه نوى الطلاق والظهار معاً .

فأما إذا قال : نويت الطلاق والظهار جميعاً ، ولكن نويت أحدهما قبل الثاني على ترتب ، وأتيت بالثنتين^(٢) على مساواة اللفظ ، فهذا إخبار منه عن وقوع النيتين في وقتين لطيفين ، قال ابن الحداد : إن نوى الظهار أولاً ، ثم الطلاق بعده ، حصل جميعاً ، وهذا رجل ظاهر ولم يعد ، فإنه أعقب الظهار بالطلاق ، فكان كما لو قال لامرأته : أنت علي كظهر أمي أنت طالق .

وإن نوى الطلاق أولاً ، ثم الظهار ، وقع الطلاق ، ثم نُظر : فإن كان الطلاق بائناً ؛ فإنه واقع ، ولا معنى للظهار بعده ، وإن كان الطلاق رجعيّاً ، وقع ، وكأنه ظاهر عن رجعية .

قال الشيخ أبو علي هذا الذي قاله غلط عندي ، ولا سبيل إلى تحصيل الأمرين جميعاً ؛ فإن اللفظ واحد ، وإذا اتحد اللفظ استحال تعلّق الحكمين به ، ولا أثر للتقدم والتأخر ، والحكم في هذه الصورة كالحكم فيه إذا نواهما معاً ، ثم فيه وجهان تقدم ذكرها .

٩٥١٩- وفي هذا مزيد نظر يستدعي [تقديم]^(٣) وجه حكاة العراقيون . قالوا : إذا ذكر الرجل كناية من كنايات الطلاق ونوى الطلاق ، نظر : فإن انبسطت النية على اللفظ على قدر [الطلاق]^(٤) ، وقع الطلاق . وإن قارنت النية بعض اللفظ وتمّت وبعض اللفظ باقٍ ، وابتداء النية بعد ما مضى صَدُر اللفظ ، ثم انطبق نجازها على نجاز اللفظ ، ففي وقوع الطلاق خلاف حكوه ، فإذا قلنا : لا يقع ، فقياس هذا يقتضي إذا

(١) في الأصل : فمن أصحابنا من قال من يوافقه على ما يقول . والمثبت عبارة (ت ٢) .

(٢) (ت ٢) : وأثبت بالنفس .

(٣) في الأصل : تقويم . والمثبت من (ت ٢) .

(٤) زيادة من المحقق .

ترتبت النيتان في وقتين مقترنين^(١) باللفظ ألا يقع الطلاق ولا الظهار ؛ فإن واحدة من النيتين ما انبسطت على جميع اللفظ .

٩٥٢٠- فنعود بعد ذلك إلى مسألة الكتاب ، ونبين ما يجري فيها من الأقسام ، فإذا قال لامرأته : أنت عليّ حرام كظهر أمتي ، فالمسألة تنقسم أقساماً ، ونحن نأتي عليها ، إن شاء الله تعالى ، ونذكر في كل قسم ما يليق به .

فإن قال : أردت بقولي : « أنت عليّ حرام طلاقاً ، ولم أنو بباقي الكلام شيئاً » ، فالمذهب أن الطلاق يقع ، ولا يحصل الظهار ، ويكون كما لو قال : أنت طالق كظهر أمتي ؛ فإن لفظ التحريم مع نية الطلاق ينزله منزلة صريح لفظ الطلاق .

وقد ذكر أصحابنا في المسألة قولاً آخر : أن الظهار يحصل دون الطلاق ؛ فإنه صرح بالظهار ، وكفى عن غيره ، والصريح الملفوظ أقوى ، وبالنفوذ أولى من الممكني .

والقسم الثاني - أن يقول : نويت بقولي : « أنت عليّ حرام ظهاراً ، ولم أنو غيره » ، فيصير مظاهراً بقوله : أنت علي حرام ويكون قوله كظهر أمتي تأكيداً لما مضى .

٩٥٢١- والقسم الثالث - أن يقول : أردت الطلاق والظهار جميعاً ، وهذا ينقسم : فإن قال : أردتهما جميعاً بقولي : « أنت عليّ حرام ، وأتيت بالنية / مع هذا اللفظ ١٥٣ ي دون ما بعده » ، قال الشيخ : ففي هذه المسألة ثلاثة أوجه - أحدها - أنه يقال له : اختر ، فلا سبيل إلى تحصيلهما جميعاً ، ولا بد من أحدهما .

والوجه الثاني - أن الطلاق ينفذ دون غيره ، وقد وجهنا هذا الوجه فيما تقدم .

والوجه الثالث - أن النافذ الظهار في هذه الصورة ؛ فإنه أقوى من الطلاق إذ في الكلام بوح^(٢) يذكره تصريحاً فتغليب ما فيه لفظاً صريح في معناه أولى .

☆ ولو قال : أردت بقولي : أنت عليّ حرام طلاقاً ، وبقولي كظهر أمتي ظهاراً ، أما

(١) (ت ٢) : مفترقين .

(٢) (ت ٢) : ثم يذكره تصريحاً .

الطلاق ، فإنه يقع على الصحيح ، وهو الذي عليه نفرع في هذه المسألة ، ثم إن كان الطلاق بائناً ، فلا معنى للظهار بعده ، وإن كان رجعياً ، فقد ظاهر عن رجعية ، فيثبت الظهار ، ثم لا يكون عائداً حتى يرتجعها .

قال الشيخ : من أصحابنا من قال في هذه الصورة : إنه ينفذ الطلاق ، [ولا يصح] ^(١) الظهار أصلاً ؛ لأنه قد استغرق قوله : « أنت عليّ حرام » بالطلاق ، فبقي قوله : « كظهر أمي » ، وهذا كلام غير مستقل بنفسه ، فلا يصلح لكونه كناية ، وليس صريحاً أيضاً لنقصانه .

وهذا مردود مزيف ؛ فإن إشعاره بالظهار لا ينكر ، والكلام منتظم على ما ذكرناه .

☆ ولو قال : أردت بقولي : « أنت عليّ حرام » ظهاراً ، وبقولي : « كظهر أمي » طلاقاً ، حصل الظهار ، ولم ينفذ الطلاق . هكذا قال الشيخ ، وعلل بأن قوله كظهر أمي صريح في موضوعه وبابه .

ولو قال قائل يقع الطلاق ؛ من حيث إن قوله : كظهر أمي ليس مستقلاً بنفسه ، لم ينفذ ، وإلى هذا أشار شيخني ، والاحتمال فيه ظاهر .

☆ ولو قال : « أردت بقولي : أنت عليّ حرام تحريمَ عينها ، ولم أنو غيره » فإن قلنا : التحريم صريح في ذلك ، كما قدمنا ذكره في الطلاق ، فيثبت ما قاله لا شك فيه ، ويلزمه كفارة اليمين على التفصيل المقدم ، ولا يثبت الظهار أصلاً ، ويكون ذلك في حكم التحريم بمثابة ما لو قال : « أنت طالق كظهر أمي » ، فيقع الطلاق دون الظهار .

وإن قلنا : لفظ التحريم كناية في تحريم العين ^(٢) وإيجاب الكفارة ، كما أنه كناية في الطلاق ، فإذا قال : نويت به التحريم الملزم للكفارة ، ولم أنو غيره ، فالمذهب أن التحريم يحصل دون الظهار .

(١) في الأصل : فلا يصح .

(٢) (٢) : المعنى بالكفارة .

وفي المسألة القول البعيد أنه يحصل الظهار دون التحريم ، وتكون نية التحريم في مقتضاها كنية الطلاق ، ثم لو نوى به الطلاق ، ففي المسألة قول بعيد أنه يحصل الطلاق ، ويحصل الظهار ، فكذاك إذا نوى تحريم العين ، وجعلناه كناية فيه ، فيخرج فيه قول آخر أنه لا يحصل التحريم ويحصل الظهار .

٩٥٢٢- ومن بقية هذه المسألة أنه لو أطلق التحريم ، وقال : أنت علي كظهر أمي ، ولم ينو شيئاً ، فإن قلنا : التحريم صريح في تحريم العين ، فتلزم كفارة اليمين ، وإن قلنا : إن التحريم كناية في تحريم العين ، ولم ينو شيئاً ، قال الشيخ : فينبغي أن يصير مظاهراً ، ويلغو/ قوله حرام ، فيبقى قوله : أنت علي كظهر أمي ، ١٥٣ ش وهذا حسن فقيه .

ثم قالوا لو ذكر اللفظ على الصيغة التي ذكرناها ، ثم قال : أردت به ظهاراً لا بل طلاقاً ، فقد قال الأصحاب يحصلان جميعاً ، فإنه أقرّ بهما .

قال الشيخ : هذا محتمل^(١) عندي ، فإنه يحتمل أن يجعل كأنه نواهما معاً بقوله : أنت علي حرام ، وقد قدمنا في ذلك تفصيلاً .
فهذا نهاية البسط على^(٢) أبلغ وجه في البيان .

فَضْلُكَ

قال : « ولو قال لأخرى : أشركتك معها . . . إلى آخره »^(٣) .

٩٥٢٣- إذا ظاهر عن واحدة ، ثم قال لأخرى : أشركتك معها ، أو أنت شريكها ، أو أنت كهي ، فإن لم ينو الظهار ، فليس بظهار ، وإن نوى الظهار ، فقولان .
وضبط المذهب يظهر بذكر مرتبتين متعارضتين ، وإيقاع الظهار بينهما . فإذا قال لإحدى امرأته : أنت طالق ، ثم قال لأخرى : أنت شريكها ، ونوى تطليقها ، وقع الطلاق .

(١) (ت ٢) : هذا محتمل أن يجعل كأنه نواهما .

(٢) (ت ٢) : أجمع .

(٣) ر . المختصر : ١٢١ / ٤ .

ولو قال لإحدى امرأتيه : والله لا أجامعك ، ثم قال لأخرى أنت شريكتها ، ونوى الإيلاء عنها ، فلا يحصل الإيلاء بما ذكرناه من أن هذا إحالة اليمين ، وإزالة صيغتها بالكلية .

أما الظهار ، فإنه بين الطلاق والإيلاء .

وقد ذكر الأئمة قولين في أنه هل يلحق بالطلاق في مشابهه وأحكامه أم يلحق بالإيلاء ؟ وسيدور^(١) القولان ، ويتشعب عنهما مسائل [جمعة]^(٢) في الكتاب : فإن ألحقناه بالطلاق ، فلفظ الإشراك مع نية الظهار يثبت الظهار ، وإن ألحقناه بالإيلاء ، فلا يحصل الظهار بلفظ الإشراك ، كما لا يحصل الإيلاء بلفظ الإشراك ، فإن قيل : تشبيه الظهار بالطلاق من جهة أنه يحرم تحريمه بين ، فما وجه تشبيهه بالإيلاء ؟ قلنا : الظهار [لا يبت]^(٣) الملك ولا يؤثر فيه بالتوهين كالإيلاء ، ويتعلق بكل واحد منهما كفارة .

فَصَحْحُكَ

قال : « ولو تظاهر عن أربع نسوة بكلمة واحدة . . . إلى آخره »^(٤) .

٩٥٢٤- صورة المسألة : رجل تحته أربع نسوة تظاهر عنهن بكلمة واحدة : فقال : أنتن عليّ كظهر أمي ، فإن طلقهن عقيب اللفظ ، فليس عليه كفارة ، فإنه ظاهر ولم يعد ، وإن أمسكهن حتى مضى زمان إمكان الطلاق ، ففي المسألة قولان : أظهرهما - أنه يلزمه أربع كفارات ؛ نظراً إلى عدد اللواتي تظاهر عنهن .

والقول الثاني - أنه يلزمه كفارة واحدة ؛ اعتباراً باتّحاد اللفظ ، والقولان يبتنيان على أن المغلّب في الظهار مشابه الطلاق أو مشابه اليمين . فإن قلنا : المغلّب معنى الطلاق ، تعددت الكفارات ، كما تعدد الطلقات إذا قال : طلقنك ، ويلحق كل

(١) (ت ٢) : وسنذكر القولين ويتشعب عنهما مسائل في الكتاب .

(٢) في الأصل : جهة ، وساقطة من (ت ٢) . والمثبت من المحقق .

(٣) في الأصل ، وكذا في (ت ٢) : لا يثبت الملك . والتغيير من اختيار المحقق .

(٤) ر . المختصر : ١٢١/٤ .

واحدة منهن طلبة ، ولا يستقيم على السبر إلا هذا القول ؛ فإنه إذا ظاهر عنهن ، فقد ثبت التحريم في حق كل واحدة منهن ، وهن متميزات ، والتحريم في حق كل واحدة صفة شرعية لها ، ويظهر بهذا تعدد التحريم ، فإذا تعدد التحريم ، فليتعلق/ كل ١٥٤ ي تحريم بعود وكفارة .

وإن غلبنا جهة اليمين ، فالواجب كفارة واحدة ، كما لو حلف لا يطؤهن^(١) ، فإنه لا يلتزم بوطئهن إلا كفارة واحدة ، وهذا القول ضعيف ، وإن كان مشهوراً .

ويمكن تقريب القولين بما إذا قذف جماعة بكلمة واحدة ، فإن للشافعي قولين : أحدهما - يلزمه حدٌ واحد لاتحاد اللفظ . والثاني - يلزمه حدودٌ لتعدد المقذوف وتعدد حكم التعيين والجنائية على العرض ، فالمعنى متعدد وإن اتحد اللفظ ، وقد نُقِرَبَ هذا بما إذا حنث في يمينين بفعل واحد ، فإننا ذكرنا اختلافاً في أن الكفارة تتحد أم تتعدد .

٩٥٢٥- فهذه أصول متشابهة ، وأقرب أصل بما نحن فيه شبهاً قذف الجماعة بكلمة واحدة ، فإن قلنا : يلزمه أربع كفارات ، فلو طلق البعض معقبات باللفظ ، أو مات بعضهن على أثر اللفظ ، فتسقط الكفارة التي كانت تقابل التي ماتت ، وكذلك لا تجب الكفارة في حق التي طلقت على الاتصال .

وإن قلنا : الواجب كفارة واحدة في ظهارهن ، فلو ماتت ثلاث منهن على أثر اللفظ أو طلق ثلاثاً منهن ، وعاد في الرابعة ، فالكفارة تلزم ، وليس كما لو حلف لا يجامعن ، فإنه لا يلزم الكفارة ما لم يجامع جميعهن ، حتى لو فات الجماع في واحدة ، لم يلتزم الكفارة أصلاً .

والسبب فيه أن اليمين لا توجب الكفارة إلا عند تحقق الحنث ، والحنث يحصل بجماعهن ، وكفارة الظهار لا تتعلق بحنث ، وإنما تتعلق بزور ومنكر يحققه العود ، فإذا ظهر ذلك وثبت في واحدة وإن لم يظهر في ثلاث ، فيتحقق موجب الكفارة .

وقيل : الظهار وإن ألحقناه باليمين ، فهو نازعٌ إلى الطلاق ، وهذا كلام مطلق يشعر بعجز المقدّر^(٢) .

(١) (٢) : لا يظاهر .

(٢) يشعر بعجز المقدّر . هل المعنى : يشعر بعجز من يقدر الظهار طلاقاً ؟

وكان شيخي يحكي في تعليل ذلك عن شيخه القفال : أن الظهار نازع إلى الطلاق ، فيبقى لذلك الحكم في الحية^(١) ، ولم تعدد الكفارة للزوع إلى الأيمان ، وهذا شأن كل أصل يتجاذبه أصلان فيؤثر عليه^(٢) مقتضاهما .

وهذا كلام مضطرب ؛ فإن كل واحد من القولين إنما ينتظم بتغليب أحد الشبهين ، فإذا أردنا تغليبهما ، والجمع بينهما ، لم يستقم ، وفيما قدّمته من الفرق بين اليمين وبين الظهار أكمل مقنع .

وبالجملة [لا يُتلقى اتحاد]^(٣) الكفارة من مشابهة الأيمان ، وإنما استيفأؤه^(٤) من كذف الجماعة بالكلمة الواحدة كما قدمناه .

وكل ما ذكرناه فيه إذا تظاهر عن النسوة بالكلمة الواحدة .

٩٥٢٦- فأما إذا أفرد كلّ واحدة بكلمة ، وخاطبها بظهار منفرد ، فلا شك في تعدد الظهار ، ثم ظهاره عن الثانية عوداً في حق الأولى^(٥) ، والظهار عن الثالثة عوداً عن الثانية ، والظهار عن الرابعة عود في حق الثالثة ، فإن عاد في حق الرابعة بأن أمسكها زمان إمكان الطلاق ، لزمته أربع كفارات ، وإن طلق الرابعة لما ظاهر عنها ، فيلزمه ش ١٥٤ ثلاث كفارات/ بسبب الثلاث المتقدمات ؛ إذ قد تحقق في حقوقهن الظهار والعود جميعاً .

أما الظهار ، فبيّن : مأخوذ من تعدد الألفاظ ، وتعدد المحل ، ولا يبقى بعد التعدد في هذين سبب مانع من الحكم بالتعدد في الظهار .

أما العود ، فقد حققناه ؛ إذ قلنا : اشتغاله بالظهار للثانية ترك منه لطلاق الأولى ، وكذلك القول إلى الرابعة .

(١) الحية : أي الزوجة التي بقيت بعد موت الثلاث .

(٢) (ت ٢) : فيه عليهما .

(٣) في النسختين : « لا يُلقى الاتحاد » .

(٤) (ت ٢) : اشتقاقه .

(٥) اعتبر عوداً في حق الأولى ، لأنه أمسكها زماناً يسع الطلاق ، بدليل أنه وسع ظهاره من الثانية .

٩٥٢٧- ولو قال لأربع نسوة : حرمتكن وقصد تحريمهن بأعيانهن ، ففي اتحاد الكفارة وتعددتها ما في تعدد كفارة الظهار واتحادها ، على ما تقدم .
وكل هذا فيه إذا خاطب نسوة بكلمة أو كلمات .

٩٥٢٨- فأما إذا كرر الظهار في امرأة واحدة ، فقال لها : أنت علي كظهر أمي ، ثم قال مثل ذلك ثانية وثالثة إلى غير ذلك ، فلا تخلو هذه الكلم إما أن يأتي بها متواصلة من غير تخلل فصل ، وإما أن يأتي بها متقطعة مع تخلل فواصل ، فإن أتى بها متصلات ولاءً ، [و]^(١) زعم أنه أراد بجميع الألفاظ ظهاراً واحداً ، وإنما كررها تأكيداً ، فالظهار واحد ، والكفارة واحدة ، إذا وجبت ، كما ذكرناه في الطلاق والإيلاء ، ثم إن فرغ من الألفاظ المتواصلة ، وسكت عن الطلاق حتى مضى زمان إمكانه ، فتلزمه الكفارة .
وإن أتى بهذه الكلمات على التوالي ، ثم عقبها بالطلاق ، فظاهر المذهب أنه ليس بعائد ، ولا تلزمه الكفارة .

ومن أصحابنا من قال : تلزمه الكفارة .

توجيه الوجهين : من قال تلزمه الكفارة ، احتج بأنه آخر الطلاق لما اشتغل بالتأكيد على زعمه مع تمكنه من تعقيب الكلمة الأولى بالطلاق ، فإذا لم يفعل ، كان اشتغاله بالتكرير والتأكيد تركاً منه للطلاق وعوداً .

ومن قال بالوجه الثاني ، احتج بأن الكلمة إذا تكررت على شرطها في التواصل ، فهي كالكلمة الواحدة ، ولا يتخللها حكم بتقصير أو تأخير ، وكأن المؤكد إنما فرغ من كلامه عند فراغه من الكلمة الأخيرة ، وهذا الوجه أفقه ، إن شاء الله تعالى .

٩٥٢٩- ولو كرر الكلم ، وزعم أنه أراد بكل كلمة ظهاراً جديداً ، فالمذهب أن الظهار يتعدد ، ثم ننظر بعد ذلك في الكفارة ، كما سنذكره في أثناء الفصل ، إن شاء الله تعالى ، وفي بعض التصانيف أنه وإن نوى التجديد والاستئناف ؛ فيخرج خلاف في اتحاد الكفارة وتعددتها ، وهذا القائل يقول : إذا تعددت الكلم على قصد التجديد

واتحد المحل^(١) ، كان كما لو تعدد المحل واتحدت الكلمة ، فيخرج على قولين .
وهذا بعيد .

وحاصل المذهب أن المحال إذا تعددت ، وتعددت الكلم أيضاً ، فالقطع بتعدد^(٢) الظهار والكفارة إذا تعدد العود .

وإن اتحدت الكلمة وتعدد المحل ، ففي تعدد الكفارة قولان .

ي ١٥٥ وإذا تعددت الكلم ، واقترن بها قصد الاستئناف والتجديد ، واتحد/ المحل ، ففي المسألة طريقان : أحدهما - القطع بتعدد الظهار والكفارات إذا تحقق العود ، كما سنصفه .

والطريقة الأخرى - حمل المسألة على قولين ، كما لو تعدد المحل واتحدت الكلمة .

وذكر العراقيون مسلماً^(٣) آخر ، فقالوا : إذا ظاهر عن امرأته وعاد ، ولم يكفر ، ثم ظاهر مرة أخرى بعد تخلل زمان متناول ، فهل يصح منه الظهار حتى إذا عاد فيه تلزمه الكفارة ؟ فعلى قولين : أحدهما - أنه لا يصح [الظهار]^(٤) ما لم يكفر ظهاره الأول .

وهذا قريب مما ذكرناه في تعدد الكلم مع قصد الاستئناف ، ولكنهم عبروا عنه بهذه العبارة ، ويمكن أن يقال : مأخذه من تكرير القذف بكلم على مقذوف واحد ، مع تعدد الزمان المخبر عنه ؛ فإنه إذا اتحد ، فلا حكم^(٥) لتعدد الإخبار عنه ، وإذا كنا نأخذ الظهار عن نسوة بكلمة عن قذف جماعة بكلمة ، فلا بُد في أخذ الظهار عن امرأة بكلمات من قذف رجل بكلمات ونسبته إلى زنيات .

وهذا غير سديد ؛ فإن القذف يوجب الحد ، ومن قضايا الحد الاندراج إذا اتحد جنس الواجب ولم يتخلل استيفاء الحد ، وهذا المعنى لا يجري في الكفارات ،

(١) (٢) : واتحاد الكفارات .

(٢) (٢) : فالقطع مبنية بتعدد . . .

(٣) (٢) : مثلاً آخر .

(٤) زيادة من (٢) .

(٥) (٢) : نحكم .

فالوجه أن نفرّع على أن الظهار يتعدد [بتعدد]^(١) الكلم إذا قصد مُطلقها الاستئناف والتجديد .

٩٥٣٠- ثم إذا أتى بهذه الكلم المتواصلة على قصد التجديد والاستئناف ، فلا يخلو إما أن يطلّق عقيب الفراغ منها ، وإما ألا يطلق ، فإن طلق ، فهل نجعله عائداً في الظهار الأول ؛ بسبب الاشتغال بالظهار الثاني أم كيف الوجه ؟ في المسألة وجهان : أحدهما - أنه يكون عائداً في كل ظهار يسبق إذا اشتغل بظهار بعده ؛ فإنه بالاشتغال بالظهار يكون تاركاً للطلاق ، وهذا أقيس الوجهين في صورة التجديد .

والوجه الثاني - أنا لا نجعله عائداً ، فإن كل ما يأتي به جنس واحد ؛ وإن كان له حكم التجديد ، فما لم يفرغ عن هذا الجنس لا نجعله عائداً .

وهذا ضعيف عندنا ، ولكن حكاه القاضي وغيره ، والوجه أن يرتب على صورة التكرير والتأكيد ، فإن جعلنا المؤكّد عائداً ، فلأن نجعل المجدد عائداً أولى .

وإن قلنا : لا يكون المكرر المؤكّد عائداً ، ففي المسألة وجهان ، والفرق أن التأكيد في حكم الجزء من الكلام المؤكّد ، فكأن لا فراغ عنه ما لم ينقض التأكيد ، وأما التجديد ، فمن ضرورته قطع الكلام الأول واستئناف آخر .

فإذا فرعنا على الأصح ، نظرنا في عدد الألفاظ ، وجعلنا كلّ لفظة عوداً في التي قبلها ، ثم نظرنا إلى اللفظة الأخيرة ؛ فإن استعقت سكوتاً ، فقد تحقق العود فيها أيضاً ، فيجب الكفارة بأعداد الكلم ، وإن عقب الكلمة الأخيرة بالطلاق ، فلم يعد فيها ، فلا كفارة عليه بسببها ، وتجب الكفارات بأعداد الكلم التي قبلها . فإذا أوضحنا أنه/ صار عائداً فيها على الأصح ، هذا إذا واصل الكلام ونوى به تأكيد أو تجديداً . ١٥٥ ش

فأما إذا أطلق الألفاظ ، ولم ينو تأكيداً ولا تجديداً ، ففي المسألة قولان كالقولين في نظير هذه المسألة من مسائل الطلاق ، فإن قلنا : إن الألفاظ محمولة على التأكيد ، فقد مضى حكم التأكيد . وإن قلنا : إنها محمولة على التجديد ، فقد مضى حكم التجديد ، وكل ذلك والألفاظ متواصلة .

٩٥٣١- فأما إذا أتى بها متقطعةً منفصلةً وتخلل بينهما من الأزمنة ما يمنع الحمل على التأكيد على العادة الجارية فيه ، أما العراقيون ، فإنهم أجروا القول الضعيف الذي حكوه ، وقالوا : لا يصح الظهار الثاني وما بعده إذا لم يتخلل تكفير ، وهذا وجه مزيف لا أصل له ، ولا عود إليه .

فنقول إذاً : إذا تقطعت الكلم وقصد بكل كلمة ظهاراً ، فقد تعدد الظهار ، فإذا تعدد العود^(١) ، تعددت الكفارات .

ولو قال : قصدت التكرار وإعادة [عين ما تقدم ،]^(٢) ففي بعض التصانيف أن جواب القفال اختلف في ذلك ، فقال مرة : يقبل ذلك منه ، وقال مرة : لا يقبل ، وهذا فصلٌ قد قررناه فيما سبق عند ذكرنا أن كَلِمَ^(٣) الإيلاء إذا تعددت مع تخلل الفواصل يجوز أن تحمل على التكرار والاتحاد تشبيهاً بالإقرار ، وفيه تردد قدمته .

فاختلاف جواب القفال في الظهار ينبي - بعد التنبيه - على ما ذكرناه ، وهو أن تغليب شوب الطلاق في الظهار أغلب أم^(٤) تغليب شوب الإيلاء ؟ فإن رأينا تغليب الطلاق ، فلا يقبل منه دعوى التكرار ، وكل لفظ يصدر منه ظهارٌ جديد ، ككلم الطلاق وقد تخللتها الفواصل .

وإن قلنا : شوب الإيلاء أغلب ، فهو ككَلِمَ الإيلاء إذا تكررت وبينها الفواصل ، هذا إذا قال : قصدت التجديد أو التكرار ، وليس من الحصافة ذكرُ عبارة التأكيد في هذا المقام ؛ فإن التأكيد إنما يجملُ موقعه إذا توالى الألفاظ ، وهذا^(٥) يذكُر التكرارَ ، وقد يثبت مذهبُ التكرار مع الفواصل ، كما ذكرناه في الإقرار .

فأما إذا أطلق هذه الألفاظ وقد تخللتها الفواصل ، فالوجه عندنا حملها على الاستئناف والتجديد ، لا على التكرار .

(١) (ت ٢) : القول .

(٢) في النسختين : غير ما تقدم .

(٣) (ت ٢) : حكم .

(٤) (ت ٢) : من تغليب .

(٥) وهذا : أي القائل .

فَصْلٌ

قال : « ولو قال : مهما تظاهرتُ من فلانة الأجنبية . . . إلى آخره »^(١) .

٩٥٣٢- إذا كانت له امرأتان : حفصة وعمرة ، فقال لحفصة : إن تظاهرت عنك ، فعمرة عليّ كظهر أمي ، فتظاهر عنها ، ثبت الظهار عنهما جميعاً ، أما حفصة فقد نجّز ظهارها ، وأما عمرة ، فقد كان علق الظهار عنها على الظهار عن حفصة ، وقد ظاهر عن حفصة ، فحصل الظهار عنهما تنجيزاً وتعليقاً .

ولو قال : إذا تظاهرتُ عن إحداكما ، فالأخرى عليّ كظهر أمي ، ثم تظاهر عن إحداهما ، انعقد الظهار/ فيهما تنجيزاً وتعليقاً ، كما تقدم .

١٥٦ ي

٩٥٣٣- ولو قال : إن تظاهرتُ عن فلانة ، وسمى امرأة أجنبيةً ، فأنت عليّ كظهر أمي - خاطب زوجته - فلا شك أن الظهار عن الأجنبية لا يصح ، فلو نكحها وظاهر عنها والزوجة قائمة في التي كان علق ظهارها أولاً ، فيصير مظاهراً عنها ؛ فإن الصفة التي علق ظهارها عليها قد تحققت .

ولو قال لتلك الأجنبية : أنت عليّ كظهر أمي ، لم يحنّ في زوجته ، ولم يصّر مظاهراً عنها ، فإن الذي أجراه لم يكن ظهاراً ، وإنما كان لفظَ الظهار ، والتعليقاتُ بالعقود والحلول محمولةٌ عندنا على ما يصح منها ، ولا يقع الاكتفاء بالألفاظ فيها .

فإن قال : أردت بقولي إن تظاهرت عن فلانة مخاطبتها بهذا القول ، ولم أرد غير صورة القول ، فيصير مظاهراً عن امرأته حينئذ بإجراء هذا القول مع الأجنبية ، فإنّ ما ذكره من الحمل على القول ممكنٌ وإن كان بعيداً ، وقد ذكرنا أن المحامل البعيدة مقبولة في تحقيق الحنث ، [وإنما نرى المحامل البعيدة ظاهراً]^(٢) في ردّ الحنث ، حتى نقول : الأمر مردود إلى الباطن^(٣) ومقتضى التدين .

(١) ر . المختصر : ١٢٢/٤ .

(٢) في الأصل : فإننا نرى المحامل البعيد تظاهراً .

(٣) (٢) : الناظر .

هذا إذا قال : إن ظهرت عن فلانة - وقد كانت أجنبية - ، وهو لم يتعرض في يمينه لذكر كونها أجنبية ، فأما إذا قال : إن ظهرت عن فلانة أجنبية^(١) ، فأنت علي كظهر أمي^(٢) ، فقد شرط في الظهار عن المذكورة أن تكون أجنبية ، وليس يخفى أن الظهار لا يصح مع الشرط الذي ذكره ، قال الأصحاب : هذا تعليق بصفة لا تكون ؛ فلا يحكم^(٣) بحصول الظهار .

وقال المزني : هذا محمول على لفظ الظهار ، فإذا قال لها : أنت علي كظهر أمي ، فقد^(٤) تحققت الصفة ، وهذا كما لو قال : إن اشتريت الخمر ، فأنت طالق ، فإذا اشترى الخمر كما يشتري الخمر طالبوها ، وقع الطلاق ، والأصحاب على مخالفة المزني ، ومنهم من يشبب بموافقته ، وسنذكر هذا المذهب للمزني وخوض الأصحاب معه^(٥) في الكلام في كتاب الأيمان ، إن شاء الله عز وجل .

وإذا كان قال : إن تظاهرت عن فلانة أجنبية ، فأنت علي كظهر أمي ، فلو نكح تلك المعينة وظاهر عنها في النكاح ، صح الظهار ، ولم يحصل الحنث ؛ فإنه شرط في الحنث وقوع الظهار في حالة كونها أجنبية ، فإذا ظاهر عنها بعد النكاح ، فليس هذا الظهار الذي ذكره ، ولو أنه أراد لفظ الظهار ، ثم قال للأجنبية : أنت علي كظهر أمي ، فيصير مظاهراً عن زوجته ، كما قدمناه .

ولو قال : إن ظهرت عن فلانة الأجنبية ، فأنت علي كظهر أمي ، فلو نكحها ، ثم ظاهر عنها ، فهل يصير مظاهراً عن زوجته ، وقد صح الظهار عن تلك التي نكحها ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه يصير مظاهراً عن زوجته ، كما لو قال : إن ظهرت عن فلانة ولم يتعرض لكونها أجنبية .

-
- (١) أجنبية حال ، أي تعرض لذكر كونها أجنبية .
 (٢) عبارة (ت ٢) فيها سقط ، فهي هكذا « هذا إذا قال : إن ظهرت عن فلانة - وقد كانت أجنبية - فأنت علي كظهر أمي ، فقد شرط في الظهار . » .
 (٣) (ت ٢) : فالحكم .
 (٤) في النسختين : وقد .
 (٥) (ت ٢) : بعد في الكلام في كتاب الأيمان .

والوجه الثاني - أنه لا يصير مظاهراً عن زوجته ، لأنه / ذكر تلك المرأة ووصفها ١٥٦ ش
بكونها أجنبية ؛ إذ قال : إن ظاهرتُ عن فلانة الأجنبية ، فإذا نكحها خرجت عن كونها
أجنبية ، وحقيقة الوجهين تنزع إلى أن قوله : « فلانة الأجنبية » هل يقع شرطاً أم هي
للتعريف والإعلام لا للاشتراط ؟ وفيه الخلاف .

وقد دار الكلام على ثلاث صور : إحداها - أن يقول : إن ظاهرت عن فلانة من غير
أن يتعرض لكونها أجنبية .

والثانية - أن يقول : إن ظاهرت عن فلانة أجنبية ، أو قال : إن ظاهرت عن فلانة
وهي أجنبية ، فهذا اشتراط .

والثالثة - أن يقول : إن ظاهرت عن فلانة الأجنبية^(١) ، وهذا مردّد بين التعريف
وبين الشرط .

* * *

باب (١) العود

قال الشافعي رحمه الله : « قال الله عز وجل ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ... ﴾ [المجادلة : ٣] الآية... إلى آخره » (٢) .

٩٥٣٤- مضمون هذا الباب الكلام في العود ومعناه ؛ [فإنه] (٣) عز من قائل [علق] (٤) الكفارة بالظهار والعود جميعاً ؛ إذ قال تعالى : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا ﴾ [المجادلة : ٣] .

وقد اختلف مذاهب العلماء في تفسير العود ، فذهب الثوري (٥) وغيره إلى أن العود هو الإتيان بالظهار في الإسلام ، ونفس لفظ الظهار عنده موجبٌ للكفارة ، ومعنى العود في الكتاب أن الظهار لفظٌ كانت العرب في الجاهلية [تستعمله ، فمن استعمله في الإسلام فكأنه عاد لما كان ومعناه في الجاهلية] (٦) .

وهذا لا حاصل له ؛ فإن الله عز وجل ذكر الظهار ، ورتب عليه العود ، فقال : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [المجادلة : ٣] ، وهذا يقتضي إنشاء أمرٍ هو العود بعد الظهار ، فلا يوافق هذا المذهب ظاهر الكتاب أصلاً .

(١) (٢) : باب ما يوجب على المظاهر كفاراته .

(٢) ر . المختصر : ١٢٣/٤ .

(٣) في الأصل : أنه .

(٤) في الأصل : على .

(٥) الثوري : سفيان الثوري ، أمير المؤمنين في الحديث ، إمام العلم والعمل ، كان آية في الحفظ ، أعرف من أن يعرف . توفي سنة ١٦١ هـ عن سبع وستين سنة (ر . تهذيب التهذيب ١١١/٤-١١٥ ، وتاريخ بغداد : ١٥١/٩ ، وحلية الأولياء : ٣٥٦/٦ ، ووفيات الأعيان : ٣٨٦/٢) .

(٦) ما بين المعقفين زيادة من (٢) حيث سقط من الأصل .

وذهب داود إلى أن العود تكرير كلمة الظهار ، وهذا ركيك لا أصل له .

وذهب الزهري ومالك^(١) في إحدى الروايتين إلى أن العود هو الوطء ، وهذا المذهب فيه استيضاح^(٢) حقيقة المعنى ؛ فإن قوله تعالى : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ ﴾ [المجادلة : ٣] معناه ثم يناقضون ما كان منهم ؛ فإن الظهار مقتضاه التحريم ، فإذا جرى شيء يخالفه ويناقضه ، فهو الذي فهمه العلماء من العود ، وهو بمثابة قول القائل : قال فلان قولاً وعاد فيه ، أي يتبعه بما يخالفه .

ثم من فهم هذا على الصحة ، اختلفوا فيما يقع [به]^(٣) المخالفة ، فذهب الزهري ومالك إلى أن المخالفة تقع بالوطء لا غير .

وقال أبو حنيفة^(٤) في رواية ، ومالك في رواية : العود هو العزم على الوطء .

والرواية الصحيحة عن أبي حنيفة وعنها يذب أصحابه وبها يفتنون أن الكفارة لا تستقر في الظهار استقرار اللزوم^(٥) ، وإنما هي مشروعة للاستحلال ، فإن كفر ، استحل ، وإن وطئ قبل التكفير^(٦) عصي ربه ، ولم تستقر الكفارة أيضاً ، بل التحريم باقٍ إلى أن يكفر .

وهذا وإن اختاروه مضطرب ؛ سيما على أصلهم ؛ فإن الكفارة لا تقدم على وجوبها ، وهذا الذي ذكروه تكفير قبل الوجوب .

والمذهب الصحيح للشافعي أن العود هو أن يمسكها عقيب الفراغ من الكلمة زماناً يتمكن فيه من الطلاق ، فإذا فعل ذلك ولم يطلق ، فقد أمسكها زوجةً ، وإمسакها زوجةً في لحظة يناقض ما اقتضاه/ الظهار من التحريم .

١٥٧ ي

(١) ر . الإشراف : ٧٧٢/٢ مسألة ١٤٢٩ ، عيون المجالس : ٣/ ١٢٦٩ مسألة ٨٨٧ .

(٢) (ت ٢) : استفتاح .

(٣) في الأصل : فيه .

(٤) ر . مختصر الطحاوي : ٢١٣ ، مختصر اختلاف العلماء : ٢/ ٤٨٥ مسألة : ١٠٢٠ ،

المبسوط : ٢٢٤/٦ ، ٢٢٥ .

(٥) (ت ٢) : الزوج .

(٦) عبارة (ت) : هي مشروعة للاستحلال ، فإن وطئ قبل التكفير عصي ربه .

والحملُ على الوطء [بعيداً]^(١) ، فإنه تعالى ذكر الظهار والعود ، ثم قال : ﴿ فَتَحْرِثُ رَقَبَةً مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ﴾ [المجادلة : ٣] ، فأشعر بهذا بكون الظهار والعود متقدمين على التماس ، وقد قيل : للشافعي قولٌ في القديم أن العود هو الوطء ، وهذا إن صح ، فهو في حكم المرجوع عنه ، ولا معول عليه .

ثم إذا ظاهر الرجل ، ولم يطلّق ، حتى مضى زمانٌ يسع التطليق ، فقد عاد ، واستقرت الكفارة ، فلو تلفظ بالظهار ومات هو عقيبه أو ماتت ، فلا كفارة ؛ فإن الإمساك لم يتحقق ، وأيس^(٢) من العود .

ولو طلقها ، فالطلاق ينافي العود ، فلا تجب الكفارة ، ثم لو راجع بعد الطلاق الرجعي ، أو جدد النكاح بعد الطلاق المبين ، فسنفردُ في ذلك فصلاً ؛ فإنه عمدة^(٣) الكتاب .

ثم ذكر المزماني كلاماً لا يليق بهذا المحل ، فنذكره ثم نعود إلى ما وعدناه^(٤) من تفصيل الطلاق والرجعة والنكاح .

٩٥٣٥- قال الشافعي : « معنى قوله سبحانه : ﴿ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ﴾ [المجادلة : ٣] وقت لأن يؤدي فيه . . . إلى آخره »^(٥) .

أراد بذلك أن المظاهر يحرم عليه الجماع حتى يكفر ، فإن كان يكفر بصوم الشهرين المتتابعين ، فحرام عليه أن يمسه حتى يستكمل الصيام ، فلو جامعها نهاراً في الشهرين فسد الصوم ، وانقطع التتابع ، ولزم استئناف صوم الشهرين ، وتحريم الجماع ممتدٌ ، وليس هذا من خاصية الجماع ، بل لو أفطر في اليوم الأخير من غير عذر ، على ما سيأتي التفصيل فيما يقطع التتابع وفيما لا يقطعه - فالحكم ما ذكرناه من فساد الكفارة ووجوب العود إلى استئناف الصوم ، فلو كان يكفر بصوم الشهرين ، فوطئ التي ظاهر

(١) في الأصل : بعقد .

(٢) (ت ٢) : وليس .

(٣) (ت ٢) : غمرة الكتاب .

(٤) (ت ٢) : ثم نعود إلى ما ذكرناه من تفصيل الطلاق .

(٥) ر . المختصر : ١٢٤/٤ .

عنها ليلاً فالجماع حرامٌ ؛ لأنه قبل تبرئة الذمة عن الكفارة ، ولكن صوم الشهرين لا يفسد بما جرى ، والتتابع لا ينقطع ، وقال أبو حنيفة^(١) تفسد الكفارة .

وعبر الشافعي عن حقيقة المسألة بأن قال : الصوم مؤقت بالزمان المتقدم على الميسس ، فلو استفتح [شهرين]^(٢) بعد الميسس ، لكان جميع الصوم وراء الوقت ، فإذا مضى بعض الصوم قبل الميسس ، فهذا المقدار واقعٌ في الوقت ، فيأيقاع البقية^(٣) وراء الوقت أقربُ إلى الامثال من إيقاع الجميع وراء الوقت ، والمسألة مشهورة مع أبي حنيفة .

٩٥٣٦- ثم قال : « فإذا منع الجماع أحببتُ أن يمنع القُبَل . . . إلى آخره »^(٤) .

قد ذكرنا أن من ظاهر وعاد ، التزم الكفارة ، ولا يحل له الوطء ما لم يكفر ، وإذا حرمت التي ظاهر عنها ، وتحقق التحريم في الوطء ، فهل يحرم سائر جهات الاستمتاع ، كالمسّ والاعتناق والقبلة ، وغيرها من وجوه الاستمتاع عدا^(٥) الجماع ؟ ظاهر النص^(٦) هاهنا أنه لا يحرم شيء سوى الجماع ، ونص في رواية الزعفراني على أنه يَحْرُمُ جميع جهات الاستمتاع ، فحصل قولان : أحدهما - ولعله الأظهر أن جميع الجهات من الاستمتاع تَحْرُمُ كالوطء ، وما^(٧) يحْرُمُ الوطء من هذه الأجناس يحْرُمُ وجوه الاستمتاع كالعدة ، والإحرام / .

١٥٧ ش

والقول الثاني - لا يحرم إلا الوطء ، والميسس في القرآن كناية عن الجماع ، والقائل الأول يقول : هو محمول على حقيقته ، ولا خلاف أن قوله تعالى : ﴿ إِذَا

(١) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٤٩٩/٢ مسألة ١٠٤٣ ، المبسوط : ٢٢٥/٦ .

(٢) في الأصل : شهرين .

(٣) (٢) : النية .

(٤) ر . المختصر : ١٢٤/٤ .

(٥) (٢) : عند الجماع .

(٦) (٢) : ظاهر المذهب .

(٧) « وما يحْرُمُ الوطء من هذه الأجناس . . . إلخ » هذا الكلام دليل آخر للقول القائل بحرمة جميع الاستمتاع ، فالمعنى أن المعهود فيما يحْرُمُ الوطء مثل العدة والإحرام - أنه يحرم جميع الاستمتاع .

نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ ﴿٤٩﴾ [الأحزاب : ٤٩] محمول على الوطء ، فالمس في هذه الآية كناية بلا خلاف ، وهي فيما عداها من الآي على التردد والاختلاف ، كآية الملامسة ، وكآية الظهار التي نحن في ذكر معناها .

٩٥٣٧- ثم نجمع في هذا كلاماً ضابطاً ، إن شاء الله ، فنقول : كل ما يُحرّم الوطء من جهة تأثيره في الملك ، فلا شك أنه يُحرّم سائر جهات الاستمتاع ، كالطلاق ، وما لا يحرم الملك ويُقصد به استبراء الرحم عن الغير ، فهو يحرم جهات الاستمتاع بجملتها ، كالعدة تجب في صلب النكاح عن وطء الشبهة ، فإنها تتضمن التحريم من كل الوجوه .

وكل ما يبيح المرأة لشخص ، فلا شك أنه يحرمها على غيره من الوجوه كلها ، كالنكاح في الأمة .

وكل تحريم يرجع إلى الأذى كالحيض ، فهو مقطوع به في محل الأذى ، وهو الوطء ، ولا يثبت فوق السرة وتحت الركبة ، وفي ثبوته دون السرة وفوق الركبة مع توقي الوقاع الخلاف المعروف .

ثم من أصحابنا من حمل هذا الخلاف على [التحويم]^(١) على الحمى ، وخشية الوقوع فيه .

ومنهم من حمله على غلبة الظن في الأذى في المحل القريب .

والعبادة التي حرّم الجماع فيها تنقسم إلى الإحرام ، والصوم ، والاعتكاف ، فأما الإحرام ، فإنه يحرم التقاء البشريتين من كل وجه ، وهذا تعبد لا نلتزم تعليله .

وأما الصوم ، فيحرّم الوقاع فيه ، وكل ما يُخشى منه الإنزال ، فهو محرم ، وفيه تفصيل طويل ذكرته في موضعه من كتاب الصيام ، وأما التلذذ مع الأمن من الإنزال ، فالصحيح أنه لا يحرم ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يُقبل ، وهو صائم .

ومنهم من قال : التلذذ حرام من الصائم ، وإنما نبيح القبلة والجسّ ممن لا يتلذذ .

وهذا خطأ صريح عندنا ، والتعويل فيما يحرم ويحل على الأمن من الإنزال والخوف منه .

٩٥٣٨- وأما الظهار ، ففيه قولان : أحدهما - أنه يحرم كل استمتاع .

والثاني - أنه لا تحرم جميعاً ، فإذا لم تحرم ، فلا بأس بالتلذذ ، وإن أفضى إلى الإنزال ، أما الاستمتاع بما تحت السرة وفوق الركبة ، ففيه تردد : يجوز أن يخرج على الخلاف المذكور في الحائض ، ويجوز أن يقال : إنه يحل ؛ فإن التحريم فيها ليس مربوطاً بالأذى .

٩٥٣٩- فأما الاستبراء ، وتحريم المستبرأة ، فإننا نقول فيه : إذا كانت الجارية مستبرأة ، في جهة لو ثبت فيها كونها مستولدة للغير ، لحرمت ، فجميع وجوه الاستمتاع محرم منها كما يحرم من المعتدة .

وأما المسيية ، فلو ثبت أنها أمٌ وليد ، لم يضر ، فالاستبراء فيها تعبدٌ ؛ فلا يحل وطؤها ، وهل يحل سائر وجوه الاستمتاع ، فعلى / اختلاف مشهور ، وسيأتي ذلك ١٥٨ ي مستقصى في كتاب الاستبراء ، إن شاء الله عز وجل .

٩٥٤٠- ومما أجراه الشافعي رضي الله عنه أن الذي يكفر بالإعتاق لا يطأ قبل الإعتاق ، والذي يكفر بالصيام كذلك ، ثم هذا^(١) يطرّد في التكفير بالإطعام ، فلا يحل للذي يكفر بالإطعام ، أن يطأ قبل الإطعام ، خلافاً لأبي حنيفة^(٢) ، وهذا

(١) (ت ٢) : ثم في هذا نظر .

(٢) ما عزاه الإمام إلى أبي حنيفة ، نقله عنه الكمال ابن الهمام في الفتح ، حيث قال : « وعما قلناه من عدم اشتراط الإطعام للحل ، واعتبار الإطلاق في ذلك . قال أبو حنيفة فيمن قرب التي ظاهر منها في خلال الصوم : يستأنف ، ولو قربها في خلال الإطعام لا يستأنف ؛ لأن الله تعالى قيّد الصيام بكونه قبل التماس ، وأطلق في الإطعام ، ولا يُحمل الإطعام على الصيام ؛ لأنهما حكمان مختلفان وإن اتحدت الحادثة » انتهى كلام أبي حنيفة (ر . فتح القدير : ٢٥٩ / ٤) .

هذا ، والذي استقر عليه المذهب الحنفي فيما رأيناه في كتب السادة الأحناف غير هذا ، فالطحاوي يقول في مختصره (٢١٣) : « ومن ظاهر من زوجته ، لم يحل له قربها ولا شيء منها حتى يكفر ، وسواء كان من أهل العتاق أو من أهل الصيام أو من أهل الإطعام » ا . هـ . وفي مختصر

الخلاف نشأ من تقييد العتق والصيام بالمسيس ، فإنه تعالى قال : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَمَاسَا ﴾ [المجادلة : ٣] ، وقال في الصوم : ﴿ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَمَاسَا ﴾ [المجادلة : ٤] ولما ذكر الإطعام لم يقيده بالتماس ، فقال أبو حنيفة : يتقيد ما قيده ولا يتقيد ما أرسله ، ورأى الشافعي حمل المطلق على المقيد ، سيما إذا اتحدت الواقعة .

فصل في

قال : « ولو تظهّر ، ثم أتبع الظهار طلاقاً . . . إلى آخره »^(١) .

٩٥٤١- هذا هو الفصل الموعود ، وبه يظهر سر العود ، وفيه نذكر عود الحنث في الظهار ، فالله المستعان .

فنقول أولاً : من ظاهر عن امرأته وعاد ، فإن أمسكها في زمان إمكان الطلاق ، فقد لزمته الكفارة ، واستقر لزومها ، ثم كما استقرت الكفارة استقر التحريم المرتبط به^(٢) ، فلا يزول التحريم إلا بالتكفير ، ومن أثر ذلك أنه لو ظاهر وعاد ، ثم أبان زوجته ، ثم نكحها ، فهي محرمة عليه ، سواء قلنا بعود الحنث أو لم نقل به ، لما حققناه من استقرار التحريم ، وتعلق زواله بتبرئة الذمة عن الكفارة ، فلا خلاص من الكفارة إلا بأدائها ، ولا انتهاء للتحريم إلا بالتكفير ، حتى قال المحققون : إذا ظاهر

= اختلاف العلماء (٤٩٨/٢ مسألة ١٠٤١) : « قال أصحابنا : لا يجمع حتى يُطعم ، إن كان فرضه الإطعام » . وقال السرخسي في المبسوط : (٢٢٥/٦) : « وإن كانت كفارته بالإطعام ، فليس له أن يجمعها قبل التكفير عندنا » . ١ هـ . وقال الكاساني في البدائع (٢٣٤/٣) : « ويستوي في هذه الأحكام جميع أنواع الكفارات كلها من الإعتاق والصيام والطعام ، أعني كما أنه لا يباح له وطؤها والاستمتاع بها قبل التحرير والصوم ، لا يباح له قبل الإطعام » ١ هـ . وقال المرغناني في الهداية عند قول صاحب البداية (وكفارة الظهار عتق رقبة ، وكل ذلك قبل المسيس) قال في الهداية : وهذا في الإعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا في الإطعام ؛ لأن الكفارة فيه منهية للحرمة ، فلا بد من تقديمها على الوطء ليكون الوطء حلالاً . (الهداية مع فتح القدير : ٢٥٨/٤) .

(١) ر . المختصر : ١٢٥/٤ .

(٢) به : أي بالتكفير .

وعاد ، ثم اشترى التي ظاهر عنها ، فلا يستحل وطأها بملك اليمين ما لم يكفر ، هذا هو المذهب الظاهر ، وفيه وجه بعيد ذكرته فيما تقدم .

هذه مقدمة مهندناها ، ونخوض بعدها في بيان غرض الفصل .

٩٥٤٢- فإذا ظاهر وطلق على الاتصال ، فلا يخلو إما أن يكون الطلاق رجعياً ، وإما أن يكون الطلاق بائناً ، فإن كان الطلاق رجعياً ، فهذا^(١) يمنع حصول العود ، فإذا لم يحصل العود ، لم يلتزم الكفارة أصلاً ، فإن راجعها وأمسكها صار عائداً ، واختلف أصحابنا في أنه هل يصير بنفس [الرجعة]^(٢) أم بالإمسك بعدها ؟ وهذا مما قدمنا ذكره ، وظاهر النص يدل على أن نفس الرجعة عودٌ ، وهو القياس ؛ فإن العود مخالفة [لمقتضى]^(٣) الظهار ، وإذا كان إمساك ساعة مناقضاً للظهار ، فالرجعة أولى بأن تكون مناقضة للظهار .

ومن فوائد^(٤) الوجهين أنا إن جعلنا نفس الرجعة عوداً ، فلو راجعها ، ثم طلقها على الاتصال بالرجعة ، فقد استقرت الكفارة بالظهار والعود وهو الرجعة ، ولا أثر للطلاق بعد ذلك ، وإن لم نجعل نفس الرجعة عوداً ، فلو طلقها عقيب الرجعة ، فهو غير عائد ، والكفارة غير لازمة ، هذا إذا كان الطلاق رجعياً .

فأما إذا كان الطلاق بائناً ، أو كان رجعياً فتركها حتى انسحرت بانقضاء العدة ، فإذا جدد النكاح عليها ، فقد قال الأصحاب أولاً : هل يعود موجب الظهار في النكاح الثاني على ما / فصله ؟ قالوا : هذا يبتني على عود الحنث ، وفيه قولان منسوبان إلى ١٥٨ ش الجديد والقديم ، ثم بنوا عليه أنا إذا قلنا بعود الحنث ، فالنكاح كالرجعة ، فإن أمسك بعد النكاح ، فقد عاد ، ولزمت الكفارة الآن ، وهل يكون نفس النكاح عوداً ؟ فعلى

(١) لا يصح أن يفهم من هذا أن الطلاق الرجعي وحده هو الذي يمنع العود ، بل البائن من باب أولى ، كما سيأتي تفصيله .

(٢) في الأصل : الرجعية .

(٣) في الأصل : يقتضي .

(٤) المراد بفوائد الوجهين ما يعبر بأثر الخلاف ، أي ما يترتب على الفرق بين الوجهين ، وقد ظهر هذا في المثالين الآتين .

وجهين وقد قدما ذكرهما ، ورتبناهما على الوجهين في الرجعة .

هذا إذا رأينا عود الحنث .

وإن قلنا : لا يعود فكما^(١) بانت انقطع الظهار وزال أثره ، فلا تحرم في النكاح الثاني ولا تلزم الكفارة .

٩٥٤٣- وقد أرسل معظمُ الأصحاب ذكر القولين ، ولم يعتنوا بالتعرض للكشف ، ونحن نذكر سؤالاً ينصّ على إشكال المسألة ، ثم نخوض في الجواب بعدها . فإن قال قائل : إذا ظاهر عن امرأته ، ثم أبانها ، هلاًّ قلتم : إنه بالإبانة حقق التحريم الجاهلي ، ووفّي بما كانوا يَرَوْنَهُ ويعتقدونه ، وليس كالطلاق الرجعي ؛ فإنه من خواص الإسلام ، ولم يعهد رجعة في الجاهلية على سبيل القهر ، فإذا حقق معهود الجاهلية ، فينبغي أن يكون هذا وفاءً بمقتضى اللفظ ، ومن وفّي بمقتضى اللفظ ، استحال أن يكون مخالفاً لها ناقضاً^(٢) لمعناها^(٣) ؟ هذا وجه .

وإن جعل الظهار مقتضياً تحريماً مسترسلاً على الأزمان ، وقيل الظهار علة^(٤) الكفارة ، [وللعلة]^(٥) شرط ، وهو العود ، فإن اتصل العود ، فقد وُجدت العلة وشرطها ، [فوجب]^(٦) الكفارة ، وإن ظاهر وكما^(٧) ظاهر أبان ، ثم نكح بعد طول الزمان ، فهذا النكاح مناقض للظهار الذي مقتضاه التحريم المسترسل ، ومهما^(٨) وجدت العلة وتخلف عنها شرطها ، فإذا وجد الشرط ، وجب ثبوت الحكم المعلول ،

(١) فكما : بمعنى عندما .

(٢) (ت ٢) : مناقضاً .

(٣) وعود الضمير مؤنثاً هنا إما أن يكون على تقدير تأنيث (اللفظ) بمعنى (الكلمة أو اللفظة) أو عائد على (الجاهلية) فالمناقضة لمعناها في الظهار .

(٤) (ت ٢) : محلّه .

(٥) في النسختين : والعلة .

(٦) في الأصل : من حيث الكفارة . وهو من عجائب التصحيف ، حيث جعل الكلمة الواحدة (فوجبت) كلمتين (من حيث) .

(٧) وكما ظاهر : بمعنى عندما ظاهر .

(٨) ومهما : بمعنى إذا .

فهذا^(١) المسلك لو صحّ ، لوجب القطع بأن الكفارة تجب بالنكاح الثاني ، ولا يخرج^(٢) هذا على اختلاف القول في عود الحنث .

والذي يعضد هذا السبيل أن خاصية النكاح في هذه الأبواب طلب^(٣) الطلاق أو الطلاق نفسه ، كما يفرض^(٤) في تعليق الطلاق مع تخلل البينونة ، أما لزوم الكفارة ، فليس من خواص النكاح ، فحاصل السؤال بعد هذا البسط^(٥) أنا إن جعلنا البينونة وفاءً بتحريم الظهار ، فليقع الاكتفاء بها ، حتى لا نفرض عوداً أو لزوم كفارة ، ولتقع البينونة مع الظهار موقع البرّ من اليمين .

وإن لم يكن الأمر كذلك ، ورأينا التحريم مسترسلاً على الأزمان ، فينبغي أن يتحقق العود في النكاح الثاني قولاً واحداً ، كيف فرض الأمر ، كما قلنا إنه لو ظاهر وعاد ، فالتحريم مسترسل على كل نكاح من غير بناء على عود الحنث .

٩٥٤٤- هذا حاصل السؤال ونحن نقول : أما الطرف الأول من السؤال وهو إحلال البينونة محل البرّ في اليمين ، فلا أصل له من وجهين : أحدهما - أنه لو كان كذلك ، لكان إذا ظاهر ، ثم طلق طلاقاً رجعيّاً ، يُجعل عائداً لقدرته على الإبانة^(٦) ، وآية ذلك أن الرجعية إذا انسحرت ، فالبينونة تحصل مع انقضاء العدة غير^(٧) مستندة ، فالذي يطلق طلاقاً رجعيّاً مؤخرّاً للبينونة قطعاً .

(١) (٢) : وهذا المسلك أوضح لوجب القطع فإن الكفارة .

(٢) (٢) : ولا يخرج هذا عن اختلاف .

(٣) لعل المعنى أن من خواص النكاح جواز الطلاق ، فلا طلاق إذا لم يكن نكاح .

(٤) (٢) : كما يعرض في تعليق الطلاق تقع البينونة .

(٥) (٢) : الشرط .

(٦) لقدرته على الإبانة : يعني بالطلاق الثلاث المبين ، فهو بتطليقه طلاقاً رجعيّاً مؤخرّاً للبينونة ، فهو إذا ممسك : أي عائداً ، فهذا اعتراض على من جعل البينونة في الظهار كالبرّ في اليمين ، أي تقطع آثار الظهار ، فلا تعود في النكاح الثاني .

(٧) (٢) : غير مستقل .

ثم معنى غير مستندة ، أن البينونة لا تحصل إلا مع انقضاء العدة ، ولا نحكم بأنها حصلت مع أول لحظة بعد الطلاق مستندة إلى نيته الجازمة في عدم الرجعة مثلاً . فلا بينونة إلا مع انقضاء العدة .

هذا وجهٌ في الرد على هذا الطرف .

وأما الوجه الثاني - فهو أنا لم نتعبد بتحقيق التحريم ومطابقة الجاهلية ، فلا ينبغي أن يكون ذلك مظنوناً فقيه ، ولو كان من غرض الشرع تحقيقُ الفراق ، لأدام حكم الجاهلية في أن الظهار طلاق .

بقي الطرف الآخر ، وهو سؤال السائل في أن الكفارة ينبغي أن تلتزم في النكاح الثاني قولاً واحداً ، وهذا موضع التوقف ، ولكن تحريم الظهار وثبوت الكفارة من خصائص النكاح ؛ إذ لا يفرض [الظهار]^(١) في مملوكة ، وإن كان تحريم عين^(٢) المملوكة في إيجاب كفارة اليمين كتحریم عين المنكوحه ، فإذا استدعى ابتداء الظهار نكاحاً ، يجوز أن يستدعي العودُ النكاحَ الذي جرى الظهار فيه ؛ فإن الظهار مع اقتضائه - من حيث الصيغة - التحريمَ اختص بالنكاح دون ملك اليمين ، وإن كانت المملوكة تُسْتَحَلُّ وتَحْرُمُ بأسباب ، وتَحْرُمُ التحريمَ المقتضي للكفارة ، فيجوز أن يتقيد مُطْلَقُهُ بالنكاح الذي جرى فيه ، كما^(٣) أن قول القائل لامرأته : « إن دخلت الدار ، فأنت طالق » ، فهذا من جهة الصيغة مسترسل ؛ فإذا ارتفع النكاح وبقي الطلاق المعلق ، فإن المرأة تعود ببقية الطلاق ، ومع هذا جرى قولاً عود الحنث ، فكذاك أجروا حكم العود ولزوم الكفارة على قولَي عود الحنث .

وإنما ينتظم الكلام بذكر مراتب لا بد من التنبيه لها :

المرتبة الأولى لتعليق الطلاق - فإنه يُعَلَّقُ ما يملكه في ذلك النكاح ، فإذا انبثَّ ذلك النكاح ، ثم فُرض عودٌ ، جرى قولاً عود الحنث في أوانهما حقَّ الجريان .

والمرتبة الثانية - للإيلاء - فإنه يمين لا يستدعي نكاحاً ، ولكن لما تعلّق به طلب الطلاق ، انتظم فيه عودُ الحنث والتخريبُ على القولين ، ولعل الأظهر العودُ .

والظهار ليس طلاقاً ولا يُفْضِي إلى طلب طلاق ، ولكنه تحريم يختص بالنكاح ،

(١) زيادة من (ت ٢) .

(٢) (ت ٢) : غير .

(٣) (ت ٢) : كما حكمنا أن قول القائل .

ولا يجري ابتداءً إلا فيه ، فلا يبعد تخيُّل اختصاصه بجميع آثاره بالنكاح الذي جرى فيه .

ويخرج على هذا المنتهى أن ما ذكرناه فيه إذا لم يتم الموجب بالعود ، فأما إذا تم [واستقرت] ^(١) الكفارة ، فلا مدفع لها بعد استقرارها ، ثم ينبني على قرارها أن التحريم لا يزول إلا بإبراء الذمة عن الكفارة ، وهذا يُخرَج على الالتفات على النكاح .

فإن قال قائل : يحل وطء هذه بملك اليمين ، فلست أنكر أن هذا التفات منه على جنس النكاح على بُعد ، ويردُّ عليه زوال التحريم وإن بقيت الكفارة بزوال النكاح الأول ، ولا ينبغي أن تُشَوَّش القواعد ^(٢) بالتفريع على الوجوه البعيدة .

٩٥٤٥- هذا حاصل القول في عود الحنث ، ولا يبقى فيه شيء إلا سؤال وجواب عنه : فإن قال قائل : من آلى عن امرأة ، ثم أبانها قبل الفتيّة ، ثم نكحها ، فإنه يلتزم بوطئها كفارة اليمين ، وإن قلنا : إن الحنث لا يعود ، فهلا قلتم : / كفارة الظهار ١٥٩ ش تجب في النكاح الثاني على هذا القياس ؟

قلنا : لزوم كفارة اليمين لا اختصاص له بالنكاح ؛ فإنه يجري في ملك اليمين ، بل في السفاح ، وأما كفارة الظهار ، فإنها تختص بالنكاح اختصاصاً بتحريم الظهار ، بل التحريم والكفارة مقترنان اقتران ارتباط . هذا منتهى الكلام في ذلك .

٩٥٤٦- وقد يجري في نفس الفقيه الذي يطلب الغايات أن الظهار بنفسه هل يُحرّم الوطء حتى يقال : إذا حرّمنا المسّ ، فلو ظاهر ومس في الزمن الذي يفرض [الإمساك] ^(٣) فيه ، فيحرم المس قبل تحقق العود ، أم يقال : إنما يثبت ابتداء التحريم إذا وجبت الكفارة ؟ هذا سأذكره موضعاً في فصل تأقيت الظهار ، وإنما أخرته لغرض يتبين ، إن شاء الله .

(١) في الأصل ، وفي (ت ٢) : استقرت . (والواو زيادة من المحقق) .

(٢) (ت ٢) : العوائد .

(٣) في النسختين : الإنسان . والمثبت تصرف من المحقق .

ثم المراد بزمان الإمساك اللحظة التي يمكنها فيها بعد الظهار قبل تحقق العود .

واختيار المزماني أن الحنث لا يعود ، وطرده اختياره في الظهار ، وهذا يقوي نظراً الفقيه في إجراء العود هاهنا .

فصل في

قال : « ولو تظاهر منها ، ثم لاعنها مكانه ، بلا فصل . . . إلى آخره »^(١) .

٩٥٤٧- التفرع على ما هو المذهب ، وهو أنه إذا تظاهر وأمسكها في زمان يتأتى فيه الطلاق ؛ فإنه يصير عائداً ملتزماً للكفارة ، فلو تظاهر عنها ، ثم أراد اللعان متصلاً ، فكيف السبيل فيه ؟ تظاهر النص أنه يسقط حكم الظهار ، ولا يكون عائداً .

وهذا كلام مبهم في تصويره ، فاختلف أصحابنا فيما يمنع مصيره^(٢) عائداً ، فمنهم من قال : إذا تظاهر ، ثم قذف على الاتصال ، واشتغل^(٣) بالمرافعة إلى الحاكم ، وتهيئة أسباب اللعان ، فلا يصير عائداً ، حتى لو تظاهر عنها ، ثم قذفها على الفور ، ولم يؤخر الاشتغال بأسباب اللعان ، فليس عائداً ، وإن بقي في ذلك إلى حصول الغرض أياماً ؛ لأن هذا اشتغال بأسباب الفرقة ، فحل محل الاشتغال بنفس الفرقة .

ومن أصحابنا من قال : هذه المسألة تصور فيه^(٤) إذا قدم القذف وحصل الترافع ، وتجمعت الأسباب ، ولم يبق إلا إنشاء كلمات اللعان ، فإذا قدم عليها الظهار ، وعقبه بإنشاء اللعان ، فهو غير عائد ، وإن لم تكن كذلك ، فهو عائد .

ومن أصحابنا من قال : ينبغي أن يقدم كلمات اللعان حتى لا تبقى منها إلا كلمة اللعن ؛ فإذا تظاهر ، ثم أتى بكلمة اللعن ، لم يكن عائداً .

وهذا سرف ومجاوزة حد ، ولكنه اختيار ابن الحداد ، ووجهه على بعده أن كل كلمة من كلمات اللعان مستقلة بإفادة معنى ، ولا تستعقب واحدة منها الفراق ، وإنما يحصل ترك العود بتعقيب الظهار بكلمة أو كلمات يقرن بإفادتها المعنى حصول الفراق .

(١) ر . المختصر : ١٢٥/٤ .

(٢) (ت ٢) : تصير .

(٣) (ت ٢) : واستقل بالمواقعة .

(٤) في الأصل : تصدر ، و(ت ٢) : تصوم إذا قدم القاذف .

ثم خالفه معظم الأصحاب وألزموه أموراً ما أراها مسلّمة على قياسه ، وذلك أنه قيل له : لو قال المظاهر : يا زينب أنت طالق ، فهذا ليس بعائد ، وكان من الممكن أن يقول : طلقتك ، ولا يزيد عليه ، ويجوز أن يقال : إذا قال : يا زينب ، فهذا اشتغال منه بما لا / يَعْنِيهِ ، فيقع هذا ممنوعاً على رأي ابن الحداد .

١٦٠ ي

ويجوز أن يقال : المرعي مقصود الكلام ، وقول القائل : يا زينب أنت طالق ، مقصوده التطبيق ، ولا تستقل كلمة مما ذكره بإفادة معنى مستقل ، ولأول أن يقول : قوله : يا زينب كلام مفيدٌ ، وقد عدّه النحاة جملةً مستقلة مركبةً من اسم [وحرف]^(١) ينوب مناب فعلٍ ، والكلام المفيد مبتدأ وخبر ، واسم وفعل ، والأظهر التسليم [بالفرق]^(٢) .

٩٥٤٨- ومما يتصل بذلك أن الزوج إذا اشترى زوجته [المملوكة]^(٣) - والتفريع على أنه لا يصير عائداً - فقد ادعى الأصحاب على ابن الحداد أنه جعل الاشتغال بأسباب الشراء^(٤) مانعاً من العود ، كقوله اشتريت ، فهذا ما لا أشك في كونه ممنوعاً على رأيه .

وإنما النظر على الطريقة الأخرى ، فإذا ظاهر ، وكان الشراء ممكناً متيسراً ، فأقبل على تحصيله ، ولم يقصّر ، فيجوز أن يقال : من ذهب إلى أن القذف والاشتغال بأسباب اللعان يمنع من العود ، فلاشتغال بأسباب الشراء المتيسر هكذا يجري .

ومن صار إلى أن القذف والمرافعة وغيرهما من الأسباب إلى النطق بكلم^(٥) اللعان حقها أن تتقدم ، فلا يجعل الاشتغال بأسباب الشراء مانعاً . فأما إذا كان الشراء متعذراً ، فلاشتغال بتسهيله لا ينافي العود عندي . والعلم عند الله .

(١) (٢) : وحرف ينوب ثبات فعل الكلام المفيد . وفي الأصل : وصوت . . .

(٢) في النسختين : التسليم والفرق .

(٣) غير مقروء في الأصل .

(٤) (٢) : جعل الاشتغال بلسان الشرع .

(٥) (٢) : بحكم اللعان .

٩٥٤٩- وفرّع الأصحاب على مضمون الفصل ، فقالوا : إذا ظاهر عن امرأته ، ثم قال : إذا دخلت الدار فأنت طالق ، فهذا عائدٌ ؛ لأنه آخر الطلاق مع الاستمكان من تنجيذه ، فلو كان قال أولاً : إن دخلتُ أنا الدار ، فأنت طالق ، ثم ظاهر وعقّب الظهار بالاشتغال بالدخول ، فهو بمثابة الاشتغال بالشراء المتيسر ، وقد قدمنا الفصل فيه .

فصل في

قال : « ولو تظهر منها يوماً ، فلم يصبها . . . إلى آخره »^(١) .

٩٥٥٠- مضمون الفصل الكلام في الظهار المؤقت ، فإذا قال لامرأته : أنت علي كظهر أمي خمسة أشهر مثلاً ، أو يوماً ، ففي انعقاد الظهار قولان مأخوذان من قاعدة المعنى واتباع معهود الجاهلية ، فمن اتبع المعهود أبطل الظهار المؤقت ، ومن تمسك بالمعنى ، فقد أثبت للظهار المؤقت حكماً على تردّد ، سيبين في التفريع .
والأولى أن نقول : لا ظهار على القديم ، تعلقاً بالاتباع ، وفي الجديد قولان : أحدهما - البطلان أيضاً .

والثاني - الثبوت ، وهذا يقرب من التردّد في أن الغالب على الظهار معنى الطلاق أو شوب الإيلاء ، ولا يكاد يخفى وجه التلقي .

فإن ألغينا اللفظ ، فلا كلام ، وإن صححناه ، ولم نلغه ، فالظهار يثبت مؤقتاً أم يتأبّد ؟ فعلى وجهين منطبقين على تغليب الطلاق والإيلاء ، فإن غلبنا الطلاق ، كان الظهار المؤقت كالطلاق المؤقت ، فيتأبّد ، وينحذف^(٢) ذكر الوقت عنه .

وإن غلبنا مشابهة الأيمان ، [يبقى]^(٣) التأقيت ؛ فإن اليمين إذا خصت بزمان ، اختصت به ، فليكن الظهار كذلك .

(١) ر . المختصر : ١٢٦/٤ .

(٢) (ت ٢) : ومجرد ذكر المؤقت عنه .

(٣) في النسختين : يُنفى .

فإن قلنا : يتأبّد اللفظ المؤقت ، فالعود فيه كالعود في الظهار المطلق / على ما سبق ١٦٠ ش
تفصيله^(١) .

وإن قلنا : يثبت الظهار مؤقتاً ، فالعود فيه على وجهين : أحدهما - أن العود فيه
كالعود في الظهار المطلق ، فإذا ظاهر ، ثم سكت ساعة - وإن قلت - فهو عائد ملتزم
للكفارة ، هذا أحد الوجهين .

والثاني - أن العود في الظهار المؤقت هو الوطء ، وإن كنا نقول : العود في الظهار
المطلق يحصل بإمساك ساعة تسع الطلاق .

توجيه الوجهين : من قال : يحصل العود بالإمساك في لحظة ، جعل الظهار
المؤقت كالظهار المؤبد .

ومن نصر الوجه الثاني - وهو ظاهر النص^(٢) - احتج بأن قال : التحريم في الظهار
المؤبد متعلق بجميع الأزمان ، أخذاً من صيغة اللفظ ، فإذا وُجد الإمساك في لحظة ،
فقد ناقض التحريم الذي اقتضاه الظهار ، وإن كان الظهار مؤقتاً ، فعقبه الإمساك ،
والسكوت في لحظة ، اتجه في ذلك أنه يُمسكها لينتفع بها وراء المدة^(٣) ولا ظهار
وراءها ، فلا يتجرد الإمساك للمناقضة ، والوطء إيقاع المخالفة وتحقيق المضادة ؛
فإنه ليس كما يرتبط بما سيكون .

هذا بيان الوجهين في العود ، وسنعود إليهما بمزيد إيضاح مفرعين .

٩٥٥١- فإن قلنا يثبت الظهار المؤقت ، وقد جرى العود على الخلاف المقدم ،
فالواجب على المذهب الظاهر كفارة الظهار ، وأبعد بعض أصحابنا ، فقال : لا تجب
إلا كفارة اليمين ، وكأنّ لفظ الظهار ينزل منزلة لفظ التحريم ، وقد قال علمائنا : إذا
صححنا الظهار مؤقتاً ، فلو قال لامرأته : حرمتك - وقصد تحريم العين الموجب

(١) في نسخة (ت ٢) سقط لعدة أسطر ، فعبارتها هكذا : فالعود فيه كالعود في الظهار المطلق
يحصل بإمساك ساعة تسع الطلاق... إلخ .

(٢) (ت ٢) : المذهب .

(٣) (ت ٢) : من المدة .

لكفارة اليمين - وأقّت التحريم بوقتٍ ، فالأصحّ صحة التحريم ، فإنه أشبه باليمين من الظهار ؛ من جهة أن موجهه موجب الحنث في اليمين .

وخرّج الأصحابُ وجهاً آخر في إلغاء التحريم وإبطاله رأساً ؛ لأنه ورد في الشرع مطلقاً ، كما أن الظهار ورد مطلقاً .

ومما نفرعه في الظهار المؤقت أنه إذا ذكر أمدأ وحكمنا بأن الوقت يثبت ، فلو طلق عقيب الظهار ، فهو غير عائد^(١) ، وإن راجع ، نُظر : فإن جرت المراجعة في المدة ، عاد خلافاً للأصحاب في أن الرجعة بنفسها هل تكون عوداً ، وهذا تفريع على أنا لا نشترط الوطء في العود ، ولو تركها حتى انقضت المدة ثم راجعها ، فليس عائداً ، وقد تصرم الظهار بانقضاء الوقت ، ولم يبق له حكمٌ .

٩٥٥٢- ومما يتعلق بتفريع الظهار المؤقت أنه لو قال : أنت عليّ كظهر أمي خمسة أشهر ، ثم تركها وولّى ، حتى مضت أربعة أشهر ، قال الأئمة : إن قلنا : إن العود هو الإمساك ، فلا نجعله مولياً ؛ فإن الكفارة لا يتعلق وجوبها بالوطء وإن قلنا : العود في الظهار المؤقت الوطء ، فهذا شخص يلتزم بالوقاع - الكفارة - بعد أربعة أشهر أمراً بسبب أنشأه في النكاح ، وهذا حقيقة المولي ونصه^(٢) .

وكان شيخه يقول : لا نجعله مولياً ، فإنه ليس حالفاً ، وقد ذكرت تفصيل ذلك فيه إذا حرّمها ، ثم انقضت أربعة أشهر ، وفرعنا على وجه ضعيف في أن الكفارة في التحريم لا تجب قبل الوطء وإنما تجب/ عند الوطء ، فهل نجعله مولياً مطالباً إذا مضت أربعة أشهر ؟ فعلى تردّد وخلافٍ قدمته في فصل التحريم من هذا الكتاب .

٩٥٥٣- ومن أهم ما يجب دَرْكُهُ - وقد أخرته من صدر باب العود إلى هذا الفصل - الكلامُ في أن نفس الظهار هل^(٣) يحرم أم يثبت التحريم بالظهار بالعود ؟

(١) (ت ٢) : فهو عائد .

(٢) (ت ٢) : ونفيه .

(٣) عبارة (ت ٢) في غاية الاضطراب ، فقد جاءت هكذا : « هل يحرمّان لا يثبت التحريم بالظهار والعود ، فلا شك في تحريم الوطء والكلام في الظهار . . . إلخ » فهذا سقط مع الاضطراب .

فنقول أولاً : إذا حصل الظهار والعود ، فلا شك في تحريم الوطء ، والكلام في الظهار المطلق ، وذلك لأن الظهار والعود يوجبان الكفارة ، ونص القرآن ناطقاً بامتداد التحريم بعد وجوب الكفارة إلى التخلي منها ، والخروج عن عهدها ، قال الله تعالى : ﴿ تُمْ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ﴾ [المجادلة : ٣] فأوجب تقديم التكفير على المماسّة ، فكان ذلك نصّاً فيما ذكرناه .

فإن فرعنا على أن الظهار يحرم اللمس تحريمه الجماع - وإنما^(١) اخترنا التفرع على هذا القول ليسهل تصوير اللمس في اللحظة^(٢) الخفيفة والساعة المختلصة ، ثم إذا ظهر أثر قولنا في اللمس تفرعاً على تحريمه - اتسق الحكم نفيّاً وإثباتاً في الوطء .

[والظاهر]^(٣) عندي أن الظهار بمفرده لا يُحرّم ، وإنما يحصل التحريم إذا لزمته الكفارة ؛ فإن التحريم مرتب على وجوب الكفارة ، والخروج منه مرتب على أداء الكفارة ، وهذه الكفارة تجري على الضد من كفارة اليمين ، فإن الحنث فيها يوجب الكفارة ، ووجوب الكفارة في هذا الباب يقدم التحريم ، هذا ، والدليل^(٤) عليه أن الظهار لو كان يحرم بعينه ، لحرّم الإمساك ، ولأوجب الطلاق ، فلما لم يكن الأمر كذلك ، وجاز الإمساك ، تبين بهذا ما ذكرناه ، والدليل عليه أن إمساك ساعة مناقض للظهار ، ولهذا كان عوداً ، فدل أن مُناقضه لا يَحْرُم به ، فهذا ما أراه .

وإذا فرعنا [على]^(٥) الظهار المؤقت ، ورأينا العود فيه بالوقاع - على ما سنشرح ذلك على أثر هذا شرحاً واضحاً - إن شاء الله تعالى - فالوطء الذي هو العود يجب ألا يَحْرُم ، ويكون حصول الوطء بمثابة حصوله والطلاق^(٦) الثلاث معلق عليه ، وقد

(١) (ت ٢) : فلما اخترنا .

(٢) (ت ٢) : في الحقيقة .

(٣) في الأصل كما في (ت ٢) : الظاهر (بدون واو) .

(٤) (ت ٢) : والتعليل .

(٥) زيادة من المحقق .

(٦) والطلاق الثلاث معلق عليه : الواو واو الحال ، والمعنى أن حصول الوطء هنا يشبه حصول الوطء فيما إذا قال : إن وطئتكَ ، فأنت طالق ثلاثاً .

حكينا عن بعض الأصحاب أن من قال لامرأته : إن وطئتكَ ، فأنت طالق ثلاثاً لا يحل له التغييب ، ولا شك أن هذا الوجه يُخَرِّج هاهنا .

٩٥٥٤- ثم تمام البيان في ذلك يتعلق بشرح العود في الظهار المؤقت : قال الصيدلاني : إذا جعلنا العود بالوقاع ، فليس معناه أنه عين^(١) العود ، ولكن إذا حصل الوطء ، تبيننا^(٢) أن العود حصل بالإمسك في لحظة عقيب كلمة الظهار ، ولكننا لا نتبين هذا إلا بالوقاع .

وبيان ذلك أنا لم نجعل الإمساك عوداً - على هذا الوجه الذي نفرع عليه - لجواز أن يكون الإمساك للاستحلال بعد مدة الظهار ، فإذا حصل الوطء في المدة ، تبين أن الإمساك مصروف إلى الاستمتاع الذي وقع .

وهذا فقيه حسن ، واتجاهه من طريق المعنى ما ذكرناه ، وانتظامه في ترتيب المذهب أن الشافعي في الجديد لا يجعل عين الوقاع عوداً ، مع علمه بأن الظهار والعود ش ١٦١ في نص القرآن مقدّمان/ على الوطء والتماس ، فإن نصّ الشافعي رحمه الله على الجماع تبين أنه شرطه ليتسنّى صرف الإمساك إليه لا لعينه .

وذكر غير الصيدلاني أن الوقاع في عينه هو العود على هذا القول ، ولا نتبين حصول العود قبله ؛ فإن الممسك قد يضمن بإمساكه الاستحلال وراء المدة ، ثم يتفق الوقاع ، فلا معنى للمصير إلى أن الوقاع ينعطف على تعيين الإمساك للاستمتاع ، ونحن من طريق الحس نجد الرجل يمسك ولا يُضمّر غرضاً ، وإنما نجعل العود في الظهار المؤقت جماعاً لضعف الظهار ، وإذا ضعف ، افتقر إلى عود قوي .

فإذا تبين هذا ، أعدنا فصل التحليل ، وقلنا : إن كنا^(٣) نجعل عين الوطء عوداً من غير تقدير انعطاف وتبيين ، فالوجه ما ذكرناه من أن الوطء الأولى لا تحرم .

وإن سلطنا مسلك الصيدلاني في أننا نتبين بالوطء حصول العود بالإمسك المعقب

(١) (ت ٢) : غير العود .

(٢) (ت ٢) : يثبت .

(٣) (ت ٢) : إن كان يحصل عن .

[للظهار]^(١) ؛ فعلى هذا لا نطلق القول بتحليل الوطء ؛ فإننا نتبين أن العود سابق عليه . ولو قال الرجل لامرأته : إذا وطئتكَ ، فأنت طالق قبله ثلاثاً ، فالإقدام على الوطء محرّمٌ ؛ فإنه لا يقع إلا بعد وقوع الطلاق .

وعنينا بالوطء التغيب ، فأما ما دون ذلك فليس بوطء .

وقد نجز غرضنا في بيان الظهار المؤقت .

* * *

(١) في الأصل : بالظهار ، وساقطة من (ت ٢) ، والمثبت من المحقق .

باب عتق المؤمنة في الظهار

٩٥٥٥- إيمان الرقبة المعتقة شرط في جملة الكفارات ، فلا تُجزى رقبة كافرة في كفارة .

٩٥٥٦- ولو نذر إعتاق رقبة ، فإن عيّن عبداً كافراً والتزم إعتاقه ، جاز ، وكذلك لو كان معيباً ، فعين إعتاقه في التزامه ، جاز ولزمه الوفاء بنذره .

ولو أطلق ذكر عبد ، فقال : لله عليّ أن أعتق عبداً ، فهل يخرج عن موجب نذره بإعتاق رقبة كافرة ، أو معيبة بعيب يمنع من الإجزاء في الكفارة ؟ في المسألة قولان مبنيان على أن مطلق [النذر]^(١) يحمل على أقل إيجاب الله تعالى ، أو على أقل ما يتقرب به إلى الله تعالى .

فإن حملناه على أقل درجات الإيجاب ، لم يُجزى الكافر والمعيب ، وإن حملناه على أقل درجات التقرب إلى الله تعالى أجزأ ؛ فإن التقرب إلى الله بإعتاق الكافر والمعيب سائغ ، وعلى هذا الأصل تخرج مسائل ستأتي مشروحة في كتاب النذور ، إن شاء الله تعالى .

٩٥٥٧- فإن قيل : لو نذر لله تعالى صوماً ، فماذا يلزمه ؟ قلنا : يلزمه صوم يوم .
فإن قيل : أقل وظيفة واجبة من الصيام في الشرع ثلاثة أيام ، وهي كفارة اليمين ، قلنا : كل يوم منه فرض على حياله ، والأيام الثلاثة تناظر ثلاث رقاب .
وخالف أبو حنيفة^(٢) ، فلم يشترط الإيمان في شيء من الرقاب المعتقة في الكفارات إلا كفارة القتل ، والمسألة مشهورة .

(١) غير مقروءة في الأصل ، وقد تقرأ (النية) . والمثبت من (ت ٢) .

(٢) ر . مختصر الطحاوي : ٢١٣ ، مختصر اختلاف العلماء : ٤٩٣/٢ مسألة ١٠٣٣ ، المبسوط : ٢/٧ .

٩٥٥٨- ثم قال الشافعي رضي الله عنه : « فإن كانت أعجمية وصفت الإسلام... إلى آخره »^(١) .

العبد الأعجمي إذا وصف الإسلام بلسان العرب ، وعلمنا أنه كان يعلم معناه ، فهو كالعربي ، وإن كان لا يعلم معناه ، فلا حكم لما صدر منه .

١٦٢ ي

ثم ذكر الأصحاب بعد هذا تقسيم الإسلام وما يحصل الإيمان به ، وقسموه إلى ما يحصل إنشاءً وابتداءً ، وإلى ما يحصل تبعاً .

والقول في جهات التبعية ، وفي الإسلام الحاصل به ، والأحكام المتعلقة بذلك الإسلام مستقصى في كتاب اللقيط على أحسن وجه وأبلغه في البيان ، فيه نصصنا على إعتاق الطفل المحكوم له بالإسلام تبعاً عن الكفارة ، ثم ذكرنا إعرابه عن نفسه بالكفر بعد البلوغ ، والتفصيل فيه ، فلا نعيد هذا الفن .

والقسم الثاني هو الإسلام الحاصل إنشاءً ، أما العَقْدُ ، فلا مَطْلَعٌ عليه ، وإنما يعرفه خالق الخلق ، وكلامنا يتعلق بالظاهر ، فتكلم فيمن يُسلم وفيما هو الإسلام .

فأما المكلف ، فيصح إسلامه ابتداءً إذا اختار الإسلام ، فإن أكره عليه وكان حريباً ، فكذلك نحكم بإسلامه ، والذمي إذا أكره ، فأسلم ، ففي المسألة وجهان .

وأما المجنون فلا عبارة له ، والصبي لا يصح منه إسلامه بنفسه على ظاهر المذهب ، وذكرت فيه خلاف الأصحاب من وجوه في كتاب اللقيط ، فلا أعيده .

٩٥٥٩- والذي أخرناه إلى هذا الكتاب [الكلام]^(٢) فيما يصح الإسلام به : لا خلاف أنا لا نشترط أن [يُعرب]^(٣) من يحاول الإسلام عن جميع قواعد العقائد ؛ حتى لا يغادر منها قاعدة .

فالأصل الذي اعتمده الشرع وهو من أبدع البدائع ، وأعجب الأمور ، وقد ذهل

(١) ر . المختصر : ١٢٨/٤ .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) في الأصل : « يعرف » .

عنها معظم العلماء^(١) الإتيان بالشهادتين ، وهما على التحقيق يحويان القواعد جُمع ؛ [إذ]^(٢) في التوحيد الاعتراف بالإله والوحدانية ، وفيه التعرض لصفات الإلهية وتفويض الأمور إلى من لا إله غيره .

والشهادة بنبوّة محمد صلى الله عليه وسلم تصدّقه في جميع ما أتى به . وعن هذا قال عليه السلام لما سأله جبريل عليه السلام - في الحديث المعروف - عن الإسلام ، فقال : « شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله »^(٣) .

ثم إذا تبين وظهر إشارة الشرع إلى الشهادتين ، فللأصحاب طريقان في المسألة : منهم من قال : لا يحصل الإسلام إلا بالشهادتين ، ورأى ذلك باباً من التعبد ؛ حتى قال^(٤) . المعطل^(٥) إذا قال : لا إله إلا الله ، لا نحكم بإسلامه ما لم يقل : محمد رسول الله .

وقال المحققون : [من أتى بالشهادتين بما يخالف عقده]^(٦) حُكم له بالإسلام ،

(١) (ت ٢) : الأئمة .

(٢) في الأصل : إن . وساقطة من (ت ٢) .

(٣) حديث جبريل عن الإسلام متفق عليه (ر . اللؤلؤ والمرجان : كتاب الإيمان ، باب الإيمان ما هو وبيان خصاله ، حديث رقم ٥) .

(٤) حتى قال : القائل هو فريق من الأصحاب ، الذي قال عنه أنفاً : ومنهم من رأى ذلك باباً من التعبد حتى قال .

(٥) المعطل : مبتدأ ، وليس فاعلاً - (قال) كما ذكرنا فيما قبله .

ثم المعطل هنا ليس المعتزلي ، فحاشا الإمام أن يكفر المعتزلة ، والشائع في الاستعمال على الألسنة أن المعتزلة يسمون المعطلة . ولكن المعطل هنا هو الكافر الذي لا يثبت الباري سبحانه وتعالى ، كذا قاله شارح المقاصد عند تقسيمه أنواع الكفر والكافرين ، فقال : إن أظهر الإيمان فهو المنافق ، وإن أظهر الكفر بعد الإيمان فهو المرتد ، وإن قال بالشريك في الألوهية فهو المشرك ، وإن ذهب إلى قدم الدهر واستناد الحوادث إليه ، فهو الدهري ، وإن كان لا يثبت الباري ، فهو المعطل . . . إلخ (ر . كشف اصطلاحات الفنون / مادة ك . ف . ر) فهذا هو المعطل الذي يقصده الإمام هنا . وفيما سبق عند حديثه عن أقسام الكفار ، في باب نكاح حرائر أهل الكتاب .

(٦) عبارة الأصل مضطربة ، فقد جاءت هكذا : « وقال المحققون : في أتى من الشهادتين بما يخالف عقده » . . . إلخ والمثبت من (ت ٢) .

فإذا قال المعطل : لا إله إلا الله ، صار مسلماً^(١) ، وعرض عليه شهادة النبوة ، فإن أتى بها ، وإلا كان مرتدّاً ، وكذلك إذا قال الثنوي بإثبات الإله ، فليس بمسلم^(٢) ، فإن وُحّد ، حُكِم له بالإسلام . وإذا قال اليهودي أو النصراني : محمد رسول الله ، حُكِم بإسلامه^(٣) وإن لم يوحد ؛ فإن النصراني يثلث ، واليهودي يقول العزيز ابن الله .

وحاصل هذه الطريقة أن من أتى من الشهادتين بما يوافق ملّته ، فلا يصير مسلماً ، ومن أتى من الشهادتين بما يخالف ملّته ، حُكِم له بالإسلام ، وإن لم يأت بالشهادتين جميعاً . وهذا هو الذي قطع به معظم المحققين من الأصحاب/ ثم قالوا : في الناس ١٦٢ ش من يعترف بنبوة محمد صلى الله عليه وسلم ، ولكنه يزعم أنه مبعوث إلى الأمة الأمّية ، وهم العرب ، فلا يقع الاكتفاء منهم بأن يقولوا محمد رسول الله .

٩٥٦٠- ونحن نفرع على الطريقتين : أما الطريقة الأخيرة ، فإننا نقول عليها : لو اعترف يهودي أو نصراني بصلاة من الصلوات على موافقة ملّتنا ، أو بحكم من الأحكام يختص بشريعتنا ، [فهل]^(٤) نحكم بإسلامه ؟ فيه اختلاف : فمنهم من قال : ينبغي أن يكون ما يعترف به من الشهادتين ، والذي إليه ميل المعظم من أهل التحقيق أن هذا إسلام .

وضبط القاضي^(٥) هذا : بأن قال : كل ما إذا أنكره المسلم قيل : كفر لَمّا جحدّه ،

-
- (١) لأنه أتى بما يخالف عقيدته ، فأثبت الألوهية والوحدانية لله سبحانه بقوله : (لا إله إلا الله) ، والمعطل أصلاً لا يثبت الباري سبحانه .
- (٢) ليس الثنوي بمسلم إذا أثبت الإله ، لأنه لم يأت بما يخالف عقيدته ، فهو يثبت الألوهية الثنوية المعروفة من عقيدته ، فهو يثبت إلهين : إله للخير وإله للشر .
- (٣) لأن هذا خلاف عقيدة اليهودي والنصراني .
- (٤) في الأصل : فهذا . والمثبت من (ت ٢) .
- (٥) القاضي : هل هو القاضي الباقلاني أبو بكر ، فحيث أطلق إمام الحرمين (القاضي) في علم الكلام وعلم الأصول ، فإياه يعني ، والمسألة هنا من مسائل علم الكلام ؟ أم هو القاضي الحسين ، فهو المعني عند إطلاقه في مجال الفقه ، وإياه يعني على طول هذا الكتاب ؟

نستعير من الإمام قوله : (المسألة محتملة) . ولكن صرح الإمام الرافعي بأنه القاضي حسين ، حينما حكى كلام الإمام هذا في كتابه . (ر . الشرح الكبير : ٢٩٩/٩) .

فما يكفر بجحده يصير الكافر المخالف به مؤمناً بعتقه .

ثم التصديق لا يتبعض ، فإن صدق وراء ذلك بالجميع ، فهو وافٍ بعتقه ، وإن كذب في غير ما صدق به ، فهو مرتد .

ومن شرط من أصحابنا الشهادتين اختلفوا في أنا هل نشترط التبري من كل ملة تخالف ملة الإسلام ، فمنهم من قال : لا يشترط ذلك ، وهو الأصح الذي لا يسوغ غيره ؛ فإن عماد الشرع الاكتفاء بالشهادتين ، وعليه تدلّ الأخبار والآثار . ومنهم من قال : يشترط التبري ، وبضم هذه الكلمة إلى الشهادتين يصير الكلام جامعاً .

هَذَا بَيَانٌ مَا يَظْهَرُ بِالْإِسْلَامِ .

٩٥٦١- والأخرس يشير بالإسلام ، فيحكم له به ، والشاهد فيه الخبر ، ثم النظر ، أما الخبر فحديث الخرساء وهو مشهور .

والنظر : اعتبار^(١) الإسلام بسائر العقود ؛ فإن إشارات الأخرس قائمة مقام عبارات الناطقين ، وأبعد بعض أصحابنا ؛ فشرط أن يضم إلى الإشارة إقامة صلاة ، وهذا بعيد لا أصل له .

وقال بعض من يُحوّم على التحقيق : إنما لا يحصل الإسلام بإشارة الأخرس ؛ لأن الإشارة فيه تناقض ما يجب عقده في أوصاف الإلهية ؛ إذ الإشارة لا تتم إلا بالإيماء إلى جهة ، وما يؤمأ إليه جسم ، فإن قال قائل كيف تستجيزون ذكر هذا وحديث الخرساء^(٢) في الصحيح ؟ قلنا : ذاك حديث مؤول باتفاق من عليه معول ؛ فإن فيه أنه قال لها : « أين الله » وكل حديث يقضي العقل بإزالة ظاهره ، فلا حجة فيه .

* * *

(١) « اعتبار » : قياس .

(٢) حديث الجارية الخرساء رواه مسلم : المساجد ، باب تحريم الكلام في الصلاة ونسخ ما كان من إباحته ، ح ٥٣٧ ، وأبو داود : الأيمان والنذور ، باب في الرقبة المؤمنة ، ح ٣٢٨٢ ، ٣٢٨٣ ، ٣٢٨٤ . ومالك في الموطأ : ٧٧٦/٢ ، والشافعي في الأم : ٢٨٠/٥ ، وأحمد في المسند ٤٥١/٣ ، ٤٥٢ ، والبيهقي في الكبرى : ٣٨٧/٧ ، قال الحافظ في التلخيص ٤٤٨/٣ : ليس في شيء من طرقه أنها خرساء .

باب

ما يجزىء من الرقاب وما لا يجزىء

وما يجزىء من الصيام وما لا يجزىء^(١)

٩٥٦٢- ذكر في صدر الباب : أن من اشترى عبداً بشرط أن يعتقه ، فهل يصح العقد ، وإن صح ، فهل يجب عتقه حقاً لله تعالى ، وإذا فرض من المشتري الإعتاق ، ونوى صرفه إلى الكفارة هل ينصرف إليها^(٢) ؟ ، وهذا الفصل مما استقصيناه بما فيه في كتاب البيع .

ثم قال : « لا يجزىء فيها مكاتب . . . إلى آخره »^(٣) .

٩٥٦٣- المكاتب كتابة صحيحة إذا أعتقه مولاه عن كفارته ، نفذ العتق عن جهة الكتابة ، ولم ينصرف إلى الكفارة عندنا ، خلافاً لأبي حنيفة^(٤) .

وللأصحاب طرق في تعليل المذهب : منهم من قال : العتق يقع عن جهة الكتابة ، وهو مستحق فيها ، فلا يقع عن جهة أخرى تستحق / العتق فيها .

١٦٣ ي

ومنهم من قال : المكاتب ناقص الرق ؛ فضاهاى المستولدة .

ومنهم من قال : إعتاقه ناقص ؛ فإنه ليس إعتاقاً محضاً ، وإنما هو إبراء ؛ إذ لو كان إعتاقاً ، لكان العتق يحصل معجلاً ، فالذمة تبقى مشغولة بالعوض المسمى .

وإذا كان العبد مكاتباً كتابة فاسدة ، فأعتقه مولاه عن كفارته ، فهذا يترتب على أن

(١) عنوان الباب بهذه الصورة هو ما في (ت ٢) وأثرناه على العنوان المختصر (باب ما يجزىء من

الرقاب) الموجود في الأصل ، لموافقة الموجود في مختصر المزني .

(٢) هذا معنى كلام الشافعي في المختصر ، وليس بألفاظه . (ر . المختصر : ١٢٩ / ٤) .

(٣) السابق نفسه .

(٤) ر . مختصر الطحاوي : ٢١٣ ، مختصر اختلاف العلماء : ٤٩٣ / ٢ مسألة ١٠٣٥ .

٥٣٠ _____ كتاب الظهار / باب ما يجزىء من الرقاب والصيام وما لا يجزىء

السيد إذا أعتقه ، فهل يستتبع الأكساب والأولاد ، وفيه اختلاف وتردد ، سيأتي ، إن شاء الله في الكتابة .

فإن قلنا : إنه لا يستتبع ، فالإعتاق فسحٌ للكتابة الفاسدة ، فينفذ عن الكفارة إذا نواها المعتق .

وإن قلنا : يستتبع المكاتب الأكساب والأولاد ، فعلى هذا الوجه في انصرافه إلى الكفارة خلافاً ، مبني على المعاني التي قدمناها ؛ فإن وقع التعويل في الكتابة الصحيحة على نقصان الرق ، أو على نقصان العتق ، فهذا العتق منصرف إلى الكفارة ؛ فإن الرق كامل ، والعتق لا يتضمن إبراء الذمة عن عوض واجب ، وإن عولنا في الكتابة على وقوع العتق عن جهة الكتابة ، فلا ينصرف العتق في الفاسدة إلى جهة الكفارة لوقوعها عن جهة الكتابة .

٩٥٦٤- ثم قال : « ولا تجزىء أمٌ ولد في قول من لا يبيعها . . . إلى آخره »^(١) .

ظاهر هذا الكلام ، يوهم تعليق القول في بيع أمهات الأولاد ، وقد فهم المزماني التعليق واختار منع البيع ، ولم يحتج في اختياره إلا بنصوص للشافعي رحمه الله ، قطع فيها بمنع البيع ، وسكوته عن الاحتجاج بمعنى ومسلِك في النظر من أصدق الشواهد على عظم قدره ؛ فإنه لا يكاد يظهر معنى في منع بيع المستولدة .

وقال بعض الأصحاب لم يردّد الشافعي قوله ، وإنما أشار إلى مذهب بعض السلف ، وقد روي عن علي كرم الله وجهه في آخر العهد أنه قال ببيع أمهات الأولاد ، وذكر في أثناء خطبة : « اجتمع رأيي ورأي عمر رضي الله عنه على أن أمهات الأولاد لا يُبْعَن ، وأنا أرى الآن أن يبعن ، فقام عبدة السِّلْماني ، فقال : رأيك مع الجماعة أحب إلينا من رأيك وحدك »^(٢) .

(١) السابق نفسه .

(٢) حديث الإمام علي رضي الله عنه في بيع أمهات الأولاد أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٢٩١/٧ ، رقم ١٣٢٢٤) والبيهقي في الكبرى (٣٤٣/١٠ ، ٣٤٨) . وانظر التلخيص ٤٠٣/٤ تحت رقم ٢٧٤٢ ، وهو آخر حديث في الكتاب .

ومن أصحابنا من أجرى في بيعهن قولين [على الإطلاق]^(١) ؛ بناء على أن الإجماع هل يشترط فيه انقراض أهل العصر^(٢) ، فإن وقع التفريع على القول البعيد ، فإعتاقها جائز عن الكفارة ، ولا حكم للاستيلاد ، وكان رحمها ظرفاً احتوى على مولود ، ثم نفذه ، ولا تعتق بالموت .

وإن وقع التفريع على ما يجب القطع به ، فإعتاقها لا يجزىء عن الكفارة ، فإنها مستحقة العتاقة ، وأبو حنيفة وافق في هذا ، وإن أجاز إعتاق المكاتب عن الكفارة .

٩٥٦٥- ثم قال : « وإن أعتق مرهوناً ، أو جانياً ، أو غائباً . . . إلى آخره »^(٣) .

قد مضى القول في إعتاق الراهن العبد المرهون ، وحظ هذا الكتاب منه أنا إن نفذنا عتق الراهن ، قضينا بانصرافه إلى كفارته ، إذا نوى صرفه إليها .

فإن قيل : أليس نقصان الملك يمنع صرف العتق إلى الكفارة ، ونقصان الملك وكما له يمتحنان بالتصرفات نفوذاً ورداً ، قلنا : الملك في المرهون كامل ، فإذا فرّعنا / ١٦٣ ش على نفوذ العتق ، فهذا يتضمن فك الرهن ، ولا مانع سوى استيثاق المرتهن ، فإذا كان في تنفيذ العتق رده ، فيصايف العتق ملكاً مفكوكاً عن الرهن ، وليس كذلك عتق المكاتب ، فإنه يقع على حكم الكتابة .

وعتق الجاني يُخرّج على هذا ، وقد اختلف القول في بيعه ، ثم اختلف القول - على منع البيع - في عتقه ، فإن نفذنا العتق ، جوّزنا صرفه إلى الكفارة .

٩٥٦٦- ثم قال : « وإن أعتق عبداً له غائباً . . . إلى آخره » .

يجوز إعتاق العبد الغائب عن الكفارة إذا لم تنقطع الأخبار ، فإن انقطعت الأخبار انقطاعاً يُغلب على القلب أنه أصابته آفة هلك فيها ، وذلك بأن لا نجد

(١) زيادة من (٢) .

(٢) يشير بهذا إلى تغير اجتهاد الإمام علي بعد موت عمر - رضي الله عنهما - وكان الإجماع قد استقر في عهد عمر على عدم جواز بيعهن . راجع اشتراط قضية انقراض المجمعين وهل تشترط في حصول الإجماع في (البرهان في أصول الفقه : ١ / فقرة : ٦٤٠-٦٤٣) - وهو من تأليف إمام الحرمين ، ومن تحقیقنا .

(٣) ر . المختصر : ١٢٩/٤ .

٥٣٢ _____ كتاب الظهار / باب ما يجزىء من الرقاب والصيام وما لا يجزىء حاجزاً^(١) للأخبار ، فإذا أعتقه ، ففي وقوعه عن الكفارة في الحال قولان ، استقصيت القول فيه في كتاب زكاة الفطر ، وأتيت فيه بالمسلك الحق ، فليُطلَب في موضعه .

وفائدة هذا الخلاف تظهر في كفارة الظهار : فإن حكمنا بالبناء على حياة العبد ، فالإعتاق يُسلط على الوطء ، وإن حكمنا بالبناء على وفاته واشتغال الذمة ، فلا يتسلط المظاهر على الوطء ، ولو منعناه ، ثم تواصلت الأخبار بالحياة ، تبين أن الكفارة تأدت ، ووقع العتق موقعه .

ولو أعتق المالك عبداً مغضوباً تحت يد ظالم لا يُغالب ، فقد قال القفال : إعتاقه عن الكفارة يجزىء وفي بعض التصانيف أن أبا حامد كان يقول : لا يجزىء لأن الغرض من الإعتاق تخليصه من الأسر ، وتمكينه من التصرف ، ولهذا لا يجزىء العبد [الأقطع]^(٢) لنقصان عمله ، فإذا كان المحبوس بعبئه عن التصرف لا يجزىء ، فكذلك لا يجزىء المغضوب .

وهذا رديء غير معتد به ، ولست أراه من المذهب ، ولم أطلع عليه في كتب العراق .

٩٥٦٧- ثم قال : « لو اشتري من يعتق عليه ، لم يجزئه عن كفارته... إلى آخره »^(٣) .

من اشتري من يعتق عليه ، ونوى صرف العتق الحاصل فيه إلى كفارته ، صح الشراء ، ونفذ العتق ، ولم ينصرف إلى الكفارة ، خلافاً لأبي حنيفة^(٤) ، وهو يني هذا على أن الشراء عقد عتاقة ، ووجه الرد عليه بين مذكور في المسائل^(٥) ، ومذهب

(١) كذا في النسختين .

(٢) زيادة من (٢) .

(٣) ر . المختصر : ١٢٩/٤ .

(٤) ر . مختصر الطحاوي : ٢١٣ ، مختصر اختلاف العلماء : ٤٩٣/٢ مسألة ١٠٣٥ .

(٥) المسائل : يعني بها كتابه (الدرّة المضية فيما وقع فيه الخلاف بين الشافعية والحنفية) وذلك لأنه بناه على المسائل ، فيقول بدلاً من الأبواب والفصول : مسائل الخلع... مسائل الطلاق... وهكذا .

الأصحاب أن من اشترى من يعتق عليه ، فإنه يملكه ، ثم يحصل العتق مرتباً على الملك ، قال أبو إسحاق المروزي : يحصل الملك والعتق معاً ، وعُدَّ هذا من هفواته .

ولو اشترى العبد نفسه من مولاه ، وصححنا منه هذه المعاملة ، فهل يملك نفسه ؛ حتى يترتب عتقه على ملك نفسه^(١) ؟ فيه تردد معروف ، وسيأتي شرحه ، إن شاء الله في كتاب الكتابة ، وعلى الخلاف ابتنى أمرُ الولاء ، فمن قال : إنه يملك نفسه يحكم بانقطاع الولاء ، ومن قال : يترتب عتقه على ملك المولى ، فالولاء للمولى ، وهذا يأتي مشروحاً إن شاء الله عز وجل .

والفرق بين شراء / الرجل من يعتق عليه وبين شراء العبد نفسه أن شراء من يعتق^{١٦٤} ي عليه لا يُحيل حصول العتق^(٢) في المشتري ، ولولا ورود الشرع ، لدام الملك ، وكون الإنسان مالكاً لنفسه محال من طريق التصور ، ومعتمد المذهب وقوع العتق من جهة القرابة ، وهو مستحق مع حصول الملك واقع لا محالة .

ثم إذا اشترى النصف ممن يعتق عليه ، وكان موسراً ، سرى العتق إلى الباقي ، وعلى المشتري الضمان ، ولو ورث النصف ممن يعتق عليه ، نفذ العتق ، ولم يسر ، والسبب فيه أننا لو سرينا العتق المرتب على الملك المستفاد بالإرث ، لأخبطنا ملك الشريك إن سريناه ، ولم يضمن الوارث ، وإن سريناه وضمناه ، كان محالاً ؛ فإن تغريمه مالاً فيما لم يتسبب إليه بوجه من وجوه الاختيار محالاً ، لا سبيل إليه ،

(١) (ت ٢) : مولاه .

(٢) هنا معنى دقيق قد يحتاج أن نبه إليه : ذلك أن ظاهر العبارة قد يوحي بأن صوابها : « فإن شراء مَنْ يعتق عليه لا يُحيل حصول الرق » . بدليل ما بعده .

ولكن الصواب ما ذكره ؛ فالمعنى أن شراء مَنْ يعتق عليه لا يُحيل ملك المشتري ، ذلك الملك الذي يترتب عليه - بعد حصوله للمشتري - العتق ؛ فإن العتق لا يكون إلا عن ملك ، فهو يعتق من ملك المشتري لا من ملك البائع .

أما تملك العبد نفسه بالشراء من سيده ، فمحالٌ من طريق التصور أن يملك نفسه . وهذا يُرجح أن العبد يعتق عن ملك المولى ، وبالتالي يكون الولاء لمولاه ، وإن كان هو الذي نقدَ الثمنَ مشترياً به نفسه .

٥٣٤ _____ كتاب الظهار / باب ما يجزىء من الرقاب والصيام وما لا يجزىء
والمشتري متسبب وإن لم يكن مُعتقاً ، والضمان يتعلق بالأسباب ، كما يتعلق
بالمباشرات ، ثم يختلف التسرية باليسار والإعسار إذا اشترى النصف ممن يعتق عليه ،
كما يختلف ذلك في إعتاق أحد الشريكين نصيبه .

فَصْلٌ

قال : « ولو أعتق عبداً بينه وبين آخر . . . إلى آخره »^(١) .

٩٥٦٨- إذا أعتق نصفين من عبيدين ، ولم يسر عتقه بسبب الإعسار ، فحاصل
المذهب ثلاثة أوجه : أحدها - أن ذمته تبرأ ؛ فإن ضمَّ شطر إلى شطر يتضمن مساواة
الإعتاق في العبد الكامل ، والأنصاف والأشخاص في نُصَب الزكوات كالأشخاص ، إذا
فرض الضم فيها ، فعلى مالك ثمانين نصفاً من الأغنام وشريكه فيها ذمي ما على مالك
أربعين من الغنم من الزكاة ، كما لو ملك أربعين خالصاً .

والوجه الثاني - أنه لا تبرأ ذمته عن الكفارة ، فإنه متعبدٌ بإعتاق رقبة ، وهو لم يعتق
رقبة ، وأيضاً فالمقصود من الإعتاق حلّ رباط الرق والتخليص من أسر العبودية ،
وهذا المعنى لا يتحقق في إعتاق الشطرين ؛ إذ كل واحدٍ منهما قد عتق نصفه
[ونصفه]^(٢) في الأسر والحجر .

والوجه الثالث - أنه إن أعتق نصفين من شخصين نصف كل واحد منهما حرّ ونصفه
رقيق أجزاء ذلك ، وبرئت ذمته ، وإن أعتق نصفين من رقيقين ولم يسر عتقه لم يُجزه ،
والفارق بينهما أنه في الشخصين اللذين كل واحد منهما نصفه حرّ تسبب إلى تكميل
الإطلاق ، وحلّ الوثاق ، وحصل بجمع النصفين ما يحصل بإعتاق الرقبة الكاملة .

٩٥٦٩- ولو كان بينه وبين شريكه عبد مشترك ، فأعتق هو [شريكه]^(٣) ونصيبه ،
وكان موسراً ، فاختلف الأقوال - في أن العتق يحصل على الفور والبدار أم يتوقف على

(١) ر . المختصر : ١٢٩/٤ .

(٢) سقط من الأصل .

(٣) في الأصل : شريكه .

تأدية قيمة حصة الشريك ، حتى يحصل عقيب الأداء ، أم نحكم بالوقف والتبئن - مشهور^(١) وسيأتي مستقصى في كتاب العتق ، إن شاء الله عز وجل .

فإذا فرضنا في الموسر ، وفرعنا على الأصح ، وهو تعجيل السراية باللفظ ، فالعتق على الجملة/ يجري ؛ لأننا نجعل معتق النصف معتقاً للجميع ؛ فإن نصيب صاحبه ١٦٤ ش ينتقل إلى ملكه في ألطف زمانٍ ثم يعتق عليه ، فيحصل جميع العتق في ملكه الخالص ، ويكفيه النية المقرنة بإعتاقه نصيب نفسه .

وقال القفال : أنا أخرّج وجهاً آخر : أنه إذا وجّه العتق على نصيب نفسه ، لم يُجزه العتق في نصيب شريكه [وإن]^(٢) وقع . واحتج في ذلك بأنه متعبّد بالإعتاق ، وهو لا يسمّى معتقاً للرقبة ؛ إذ العتق في البعض يقع شرعاً من غير إيقاعه ، ويحسن منه أن يقول : ما أعتقت العبد بكماله ، وإنما أعتقت نصفه ، وعتق الباقي [علي]^(٣) .

ونقل عنه بناء الوجهين على ما لو توضأ لاستباحة صلاة بعينها ، وفيه أوجه : أحدها - أن الطهارة لا تصح أصلاً . والثاني - أنها تصح^(٤) لتلك الصلاة بعينها دون غيرها ، وهذا على نهاية الضعف ، وما كنت أظن أن القفال يذكر هذا الوجه ؛ فإنه فاحش بالغ في الفساد . والوجه الثالث - أن الطهارة تصح وتصلح لجميع الصلوات .

ووجه التخريج أنه في مسألتنا خص نصيبه بتوجيه العتق عليه ، وإن حصل العتق في الباقي ، وفي الطهارة خصص النية تخصيصاً لا يقف الشرع عنده .

والأصح في المسألتين أن التخصيص لا أثر له ، والطهارة تصلح للصلوات ، والعتق بجملته يقع عن الكفارة .

وفي هذا فضل بيانٍ سنذكره .

وإذا فرّعنا على أن العتق يحصل في نصيب الشريك عند أداء القيمة ، فالجواب كما

(١) مشهور : أي الخلاف .

(٢) في الأصل : فإن .

(٣) في النسختين : « عليه » .

(٤) (ت ٢) : انعقدت لتلك الصلاة .

٥٣٦ _____ كتاب الظهار / باب ما يجزىء من الرقاب والصيام وما لا يجزىء مضي ، فإنه حيث يحصل [يحصل]^(١) بسبب إعتاقه السابق ، ولا حكم للمتأخر .

٩٥٧٠- ولو قال من عليه الكفارة : إن دخلت الدار ، فأنت حر عن كفارتي ، فإذا دخل ، عتق عن الكفارة . هذا ثابت في الأصل .

ولكن^(٢) لو نوى صرف العتق في نصيبه إلى الكفارة ، ثم نوى صرف العتق في نصيب شريكه عند أداء القيمة ، فهذا لا يصح ، وإن نوى عند إعتاق نصيبه صرف جميع العتق إلى كفارته ، فانتجز العتق في نصيبه ، وتأخر في نصيب شريكه ثم حصل ، فالنية السابقة هل تكفي ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنها كافية ؛ فإنها ارتبطت بالعتق ، ثم حصل العتق على ترتيب .

والثاني - أنه لا يجوز ؛ فإن تقدم النية على نفوذ العتق فاسدٌ مع القدرة على الإتيان بها مقترنة بحصول العتق .

وقال الشيخ أبو حامد : ينبغي أن ينوي العتق كله عند إعتاقه نصيب نفسه ؛ فإن النية باللفظ أليق ، حتى لو بعض النية لم يجز ، وهذا مما انفرد به .

ومما يجب التنبيه له أنه إذا أعتق نصيب نفسه ، وفرعنا على تعجيل السريان ، وعلى أن العبارة عن النصف صحيحة ، والعتق في الكل منصرف إلى الكفارة ، فهذا فيه إذا نوى صرف الكل إلى الكفارة ، فأما إذا نوى صرف العتق في نصيبه إلى الكفارة فحسب ؛ فلا يبرأ عن الكفارة وفاقاً ، وهذا ظاهر لا يخفى دركه ؛ فإن عماد انصراف ي ١٦٥ العتق إلى الكفارة النية / .

٩٥٧١- ولو أعتق عبده الخالص ، ونوى صرف نصف العتق إلى الكفارة ، لم ينصرف إليها أكثر من النصف .

ولو أعتق عبيد خالصين ، ونوى صرف نصفيهما إلى الكفارة ، فهذا بمثابة ما لو أعتق نصفين من شخصين ، النصف من كل واحد منهما حرّ .

(١) زيادة من المحقق .

(٢) عبارة (ت ٢) فيها سقط ، فقد جاءت هكذا : « ولكن لو نوى صرف العتق في نصيب شريكه ، ثم حصل بالنية السابقة هل يكفي ؟ فعلى وجهين . . . إلخ » .

فإن قيل : أُلستم ذكرتم خلافاً في التبويض في العبد المشترك ؟ قلنا : ذلك الخلاف في اللفظ ، فمن أصحابنا من قال : إذا أعتق نصفه ولم يتعرض للنصف الآخر بلفظه ، ونوى صرف العتق كله إلى الكفارة يجزئه .

ومنهم من قال : لا يجزئه حتى يتلفظ بإعتاق الجميع ، ويقول : أعتقت هذا العبد عن كفارتي . هذا موقع الخلاف .

وحكى العراقيون عن نص الشافعي رضي الله عنه أنه قال : « إذا لزمته كفارتان في كل كفارة رقبة ، فقال : أعتقت هذين العبدین عن كفارتي نصفاً من كل عبد عن كل كفارة ، فينفذ العتقان عن الكفارتين » ، فلا شك أن هذا دالٌّ على جواز إعتاق شقصين من عبدین عن كفارة واحدة ، فيعتضد إجراء الوجوه بالنص .

قالوا : ومن أصحابنا من جوز هذا ، وإن منع التبويض ، فإن ثمرة اللفظ حصولُ عتقه في عبدین عن كفارتين ، فلا نظر إلى تقدير التبويض ، وقالوا : لو قال : أعتقت هذين العبدین عن كفارتي ، فينفذ العتقان عنهما .

واختلف أصحابنا في كيفية الوقوع : فمنهم من قال : يقع عن كل كفارة نصفاً العبدین ، ولا حاجة إلى هذا عندنا ؛ فإن ظاهر إعتاق العبدین عن الكفارتين صرفُ عتق [عبد]^(١) كامل إلى كل كفارة ، ولا معنى للحمل على التبويض ، واللفظ ليس يشعر به والإعتاق المطلق لا يفهم منه في العرف التبويض والتشقيص .

فَصْلٌ

قال : « ولو أعتقه على أن يجعل له عشرةً دنائير . . . إلى آخره »^(٢) .

إذا قال الرجل لسيد المستولدة : أعتقها بألف ، فأعتقها ، صح واستحق الألف على من استدعى العتاقة ، وكان العتق واقعاً عن المولى ، وسبيل استحقاق العوض التخليص ، وهذا بمثابة ما لو استدعى الأجنبي من الزوج تطليق زوجته بمال ، فإذا طلق ، استحق المال على المستدعي ، على التفاصيل المقدمة في الخلع .

(١) زيادة من المحقق .

(٢) ر . المختصر : ١٢٩/٤ .

٩٥٧٢- ولو قال لمالك العبد الرقيق : أعتق عبدك عني بألف ، فأعتقه عنه ، نفذ العتق ، ووقع عن المستدعي ، واستحق المعتقُ العوضَ المسمّى على الصحة .

ولو قال : أعتق عبدك عني ، ولم يذكر عوضاً ، فأسعه وأعتقه عنه ، وقع العتق عندنا كما لو ذكر عوضاً ، خلافاً لأبي حنيفة^(١) .

ولو وهب المالك عبده من إنسان ، ثم أذن للمتهب حتى يعتقه عن نفسه ، فالإعتاق على هذا الوجه يكون بمثابة القبض في الهبة ، فيفيد الملك ، ويحصل العتق ، وقال أبو حنيفة^(٢) : لا يقع العتق قبل القبض الحسي قبضاً في الهبة ، وإن صدر عن إذن الواهب .

٩٥٧٣- ثم إذا صرفنا العتق إلى المستدعي عند ذكر العوض أو من غير عوض ، فقد أطبق أصحابنا على أن من ضرورة صرف العتق إلى المستدعي نقل الملك إليه ؛ إذ من ش ١٦٥ المحال أن يترتب عتق / المعتق على ملكه ، ثم يقع [من]^(٣) غيره .
ثم أشكل على الأصحاب وجه نقل الملك ووقته .

قال القاضي : هذا إشكال عظيم ، ووجه الإشكال أننا إن قلنا : الملك ينتقل قبل التلفظ بالإعتاق ، كان ذلك تقديم الحكم الذي يوجبه اللفظ على اللفظ ، وهذا محال . وإن نقلنا الملك بعد العتق ، كان كلاماً متهافتاً ، وإن قدرنا نقل الملك والعتق معاً ، كان [جمعاً]^(٤) بين النقيضين .

وقد ذكر العراقيون في حصول الملك للمستدعي أوجهاً : أحدها - أنه يتبين لنا أنه حصل له الملك مع قوله : أعتق عني .

والوجه الثاني - أنه يحصل الملك بشروع المعتق في لفظ الإعتاق ، فكما^(٥) شرع

(١) ر . المبسوط : ١١/٧ .

(٢) ر . المبسوط : ١١/٧ .

(٣) « من » ترادف « عن » .

(٤) في النسختين : جميعاً .

(٥) كما : بمعنى عندما (وقد تكررت بهذا المعنى كثيراً) .

حصل الملك للمستدعي ، فيتم اللفظ ويعتق ملك المستدعي . وكل ذلك تبين يقع الحكم به بعد الفراغ من اللفظ ؛ فإنه لو شرع في اللفظ ، ثم بدا له ، فلم [يكمله] ^(١) ؛ فلا يحصل نقل الملك .

والوجه الثالث - حكوه عن أبي إسحاق المروزي - أنه قال : يحصل الملك والعتق معاً عند الفراغ من اللفظ ، وهذا ليس بدعاً منه ، وقد حكينا من أصله هذا المذهب فيه إذا اشترى الرجل من يعتق عليه ، ومذهبه في شراء القريب أبدع وأبعد ؛ فإن تقدير الملك للحكم بانعقاد العقد لا غموض فيه .

وحكوا وجهاً رابعاً عن الشيخ أبي حامد أنه قال : إذا فرغ من لفظ الإعتاق ، حصل الملك بعده في لحظة لطيفة ، ثم ينفذ العتق مترتباً عليه ، وذلك في وقتين لا يُدرَك بالحس تفصيلهما .

وذكر شيخي وجهاً خامساً ، وغالب ظني أنه حكاه عن القفال ، وهو أن الملك يحصل مع آخر اللفظ والعتق بعده .

٩٥٧٤- هذا كلامُ الأصحاب ، وهو مشكّل كما قال القاضي ، وسبب إشكاله أنه لم يقع تملك ولا تملك من طريق اللفظ ، وإنما نُضطر إلى تحصيله ضمناً ، ثم حصل ^(٢) ضمناً لنقيض الملك ، ولا حصول إلا باللفظ ، ولا حكم للفظ ما لم يتم ، وكل من صار إلى تقديم الملك على اللفظ ، فليس من الفقه على شيء ، وليس هذا كقولنا : إذا تلف المبيع في يد البائع ، تبينا انتقال الملك فيه إلى البائع وتلفه على ملكه ، فإن قال قائل : التلف هو الذي يوجب هذا ، فكيف يقدم الموجب على الموجب ؟ قلنا : إن قُدِّر مثل هذا في الوقائع التي لا ترجع إلى الألفاظ ، لم يكن ذلك بدعاً في وضع الشرع ، فأما ثبوت حكم اللفظ قبل اللفظ ، فلا وجه له .

وكل ما ذكرناه قبل الوجه المحكي عن الشيخ أبي حامد فلا وجه له ، وأما ما ذكره الشيخ أبو حامد ، فإنه أثبت حكم اللفظ بعده ، غير أنه يدخل عليه أمر ضروري

(١) في النسختين : يكلمة .

(٢) (ت ٢) : ثم حصل ضمناً ليفتقر الملك .

لا يندفع ، وهو أن اللفظ لم يستعقب حصول العتق ، بل استعقب انتقال الملك ، ثم ترتب النفوذ عليه ، وسببه أن هذا ليس إعتاقاً مطلقاً ، إنما هو إعتاق عن الغير ، ومعنى الإعتاق عن الغير إزالة الملك إليه ، وإيقاعُ العتق بعده .

ي ١٦٦ وأما/ ما ذكره شيخني فالذي يلوح فيه من اتجاهٍ لقربه من مذهب أبي حامد ، وفساده من وقوعه في مذهب أبي إسحاق .

وبالجملة اختلف أئمتنا في أن من طلق أو أعتق ، فحكم لفظه متى يثبت : فمنهم من قال : يثبت مع آخر جزء من اللفظ ، وهو حسن ؛ [فإن] ^(١) التطبيق والإعتاق إنما يحصل مع آخر جزء .

ومنهم من قال : يحصل حكم اللفظ بعده على الاتصال ويعاقبه معاقبة الضد .

فإن قلنا : الحكم يحصل مع آخر اللفظ ، فيتجه ما حكاه الشيخ ^(٢) من حصول الملك مع آخر اللفظ واستتخار ^(٣) العتق عنه للضرورة ، فيثول هذا إلى اختلاف الشيخين ^(٤) في أن حكم اللفظ متى يحصل . فإن قلنا : حكم اللفظ يحصل بعده ، فالملك والعتق في وقتين بعد اللفظ . وإن قلنا : حكم اللفظ يحصل مع آخره ، فالملك يحصل في أول حصول حكم اللفظ ، والعتق يستأخر للضرورة .

والذي [ارتأيناه] ^(٥) أن يكون التفرع على حصول الحكم بعد اللفظ ، ثم يقع القضاء في هذه الصورة بأن ^(٦) الملك يحصل مع آخر اللفظ ، والعتق يحصل بعده ، فيكون

(١) في النسختين : فإنه التطبيق والإعتاق ولكن إنما يحصل مع آخر جزء .

(٢) الشيخ هنا والده الشيخ أبو محمد .

(٣) (ت ٢) : « . . . مع آخر اللفظ مع استتخار العتق عنه للضرورة قبول الأمر إلى اختلاف الشيخين . . . » .

(٤) الشيخين يعني بهما : والده الشيخ أبو محمد ، والشيخ أبا حامد . وواضح أن هذا ليس مصطلحاً ثابتاً ، وإنما هو حكاية أقوال في مسألة فردة .

(٥) (ت ٢) : رتبناه ، وفي الأصل غير مقروءة ، رسمت هكذا : (ارتفيناها) تماماً . والمثبت تقدير من المحقق .

(٦) عبارة (ت ٢) فيها خرم هكذا : ثم يقع القضاء في هذه الصورة بأن الملك على هذا الوجه قبل أوانه .

الملك على هذا الوجه قبل أوانه ، ولا فرق بين أن يقع كذلك ، وبين أن يقع عند الخوض في اللفظ كما صار إليه صائرون ، أو قبل لفظ العتق كما ذكره ذاكرون .

هذا كله إذا قال لمالك العبد : أعتق عبدك عني .

٩٥٧٥- فأما إذا قال : أعتق عبدك عن نفسك ، ولك علي عشرة ، فإذا أسعفه ، وأعتقه كما استدعاه ، فالعتق ينفذ ولا مردّ له ، وهل يستحق العوض المذكور على المستدعي ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه يستحقه ، كما لو استدعى منه إعتاق أم ولده ، فإن العتق يقع عن المعتق ، وهو ^(١) يستحق العوض المذكور . والوجه الثاني - أنه لا يستحق العوض ؛ فإن إيقاع العتق عن المستدعي ممكن ، وبذلك العوض على الخلاص ^(٢) إنما يثبت للضرورة ، فإذا أمكنت جهة في العتق [غير] ^(٣) التخليص ، لم يصح بذل العوض على التلخيص ^(٤) .

ثم قال صاحب التقريب وشيخي : إن قلنا : لا يستحق العوض ، فلا كلام ، والعتق منصرف إلى المعتق . وإن قلنا : يستحق العوض ، فالعتق عمن يقع ؟ فعلى وجهين : أحدهما - أنه يقع عن المستدعي ، وإن نفاه عن نفسه ، وهذا على نهاية الفساد والسقوط ؛ [فإن صَرَفَ العتق إليه حيث يستدعيه لنفسه على خلاف] ^(٥) ، فكيف يُصرف العتق إليه وهو نفاه عن نفسه .

٩٥٧٦- ومن تمام الكلام في هذا الفصل : أنه لو قال : أعتق أم ولدك هذه عني ، ولك علي كذا ، فلا شك أن عتق أم الولد لا يتصور انصرافه إلى المستدعي ، والعتق ينفذ ، ولا مردّ له .

(١) (ت ٢) : وهل يستحق .

(٢) (ت ٢) : الخلاف .

(٣) في الأصل : « عن » والمثبت من (ت ٢) ومن صفوة المذهب .

(٤) (ت ٢) : « على مذهب صاحب التلخيص » وهو وهم وشطط من الناسخ ، لا ندري من أين أتى به .

(٥) عبارة الأصل : « فإن من صرف العتق إليه حيث يستدعيه لنفسه على غلاله » ومثلها (ت ٢) إلا أن فيها « علالة » (بالمهملة) والمثبت من مختصر ابن أبي عصرون .

٥٤٢ _____ كتاب الظهار / باب ما يجزىء من الرقاب والصيام وما لا يجزىء

والكلام في أنه هل يستحق العوض على المستدعي ؟ المذهب أنه لا يستحق ؛ لأنه لم يعتقها عنه ، واستحقاق العوض مقرون بحصول ذلك ، وأبعد بعض أصحابنا ، فأثبت العوض وألغى قوله عني .

ولو قال : طلق امرأتك عني ولك ألف ، فالوجه إثبات العوض وإلغاء قوله عني ، ش ١٦٦ وحمله على الصرف إلى استدعائه ، فكأنه قال : طلقها لأجلي أو بسبب استدعائي ، والله أعلم .

وعتق المستولدة وإن كان لا يقع عن المستدعي ، فاعتقاد الانصراف إلى المستدعي منتظم إلى أن نحكم بفساده .

٩٥٧٧- ولو قال لمالك الرقيق : « أعتق عبدك ولك علي ألف » ، ولم يقل : أعتقه عني ، ولا عن نفسك ، فهذا نفعه على أنه لو قال : « أعتقه عن نفسك » هل^(١) يستحق العوض عليه^(٢) إذا أعتقه ؟ فإن قلنا : لا يستحق العوض عليه لو قال : أعتقه عن نفسك ، فإذا أطلق استدعاء الإعتراف ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أنه يحمل على ما لو قال : « أعتقه عن نفسك » والثاني - أنه يحمل على ما لو قال : « أعتقه عني » ، إذ هذا المعنى متأكد بالاستدعاء وبذل المال ، فصار بمثابة التصريح [من]^(٣) المستدعي بالإضافة إلى نفسه .

وإن فرعنا على أنه لو قال : « أعتقه عن نفسك » فالعوض مستحق عليه ، فإذا أطلق ، ففي المسألة وجهان : أحدهما - أن العتق يقع عن المستدعي . والثاني - أنه يقع عن المعتق ، وهذا ينبنى على ما هو المذهب ، وهو أن العتق إذا أضيف إلى المعتق ، فلا يقع عن المستدعي وإن فرعنا على استحقاق العوض .

وهذا حاصل التفريع في استدعاء العتاقة على التفاصيل التي ذكرناها .

(١) (٢) : هذا .

(٢) عبارة (٢) : « هل يستحق العوض عليه فإذا أطلق استدعاء الإعتراف ، ففي المسألة وجهان » ووضح ما فيها من سقط .

(٣) في الأصل : في والمثبت من (٢) .

٩٥٧٨- ونعود الآن إلى موجب^(١) الكفارة : فإن قال لمالك العبد القن : « أعتق عبدك عن كفارتي ولك ألف » ، أو قال ذلك من غير عوض ، فالعتق ينصرف إلى كفارة المستدعي .

ولو قال : أعتق عبدك عن نفسك ولك كذا ، فأعتقه عن كفارة نفسه ، فإن قلنا : إنه يستحق العوض ، فلا ينصرف العتق إلى كفارته ؛ إذ من المستحيل أن يقع العتق في مقابلة عوض مستحقاً عن تلك^(٢) الجهة ، ثم يقع قضاء [لحق]^(٣) الله تعالى .

وإن قلنا : إنه لا يستحق العوض إذا أعتق عن كفارته على استحقاق العوض ، لم يقع العتق عن [كفارته]^(٤) ؛ وذلك أنه وإن لم يقع مستحقاً عن تعويض ثابت ، فنيته فاسدة^(٥) ؛ من جهة أنه لم يجردها لحق الله ، والنية ركن في الكفارة وشرطها أن^(٦) تخلص ولا تتردد ، لهذا ذكره القاضي ولا وجه لتقدير خلافه .

فَرَجَّعَ : ٩٥٧٩- ذكرنا من أصلنا أنه إذا قال : أعتق عبدك عني ولم يذكر عوضاً ، فأعتق عبده ، وقع العتق عن المستدعي ، قال صاحب التقريب : هل يستحق المعتق على المستدعي شيئاً ؟ فعلى وجهين مبنيين على^(٧) ما لو قال : اقض ديني ، ولم يقل بشرط الرجوع عليّ ، ثم إذا أثبتنا حق الرجوع ، فالمعتق يرجع بقيمة العبد .

ولا ينبغي للفقهاء أن يأخذوا هذا من [أن]^(٨) الهبة هل تقتضي العوض ؟ حتى إذا أخذه من هذا الوجه ردّه إلى الخلاف في أن عوض الهبة ماذا ؟ فإن هذا المأخذ يقع وراء^(٩) الحاجة ، ونحن قد صادفنا قبله أصلاً قريباً ، فإن العتق حق على المستدعي ، فإذا

(١) (ت ٢) : مذهب .

(٢) (ت ٢) : ملك .

(٣) في الأصل : بحق .

(٤) في الأصل : كفارة ، والمثبت من (ت ٢) ومن المختصر .

(٥) وجه فساد نيته أنه لم يبادر بالعتق تكفيراً ، وأعتق للعوض المبذول أيضاً .

(٦) (ت ٢) : وشرطها أن لا تخلص .

(٧) (ت ٢) : مبنيين على ما قال عني .

(٨) زيادة من المحقق .

(٩) (ت ٢) : تقع به الحاجة .

٥٤٤ ————— كتاب الظهار / باب ما يجزىء من الرقاب والصيام وما لا يجزىء

قال : أعتق عن كفارتي ، كان كما لو قال : اقض ديني ، نعم ، لو لم يكن عليه عتق^١ واستدعي^(١) الإعتاق عنه تبرعاً ، فلا يمتنع أن يكون هذا كالهبة المطلقة / ، والعلم ي ١٦٧ عند الله تعالى .

قَرَّعُ : ٩٥٨٠- إذا قال : أعتق عبدك عني غداً بألف ، فقد طوّل صاحب التقريب نفسه في هذا ، ونحن نذكر المقصود منه ، فنقول : إذا قال : قُلْ : « إذا جاء الغد فعبدني [هذا] »^(٢) حر عنك ولك عليّ ألف » ، فإذا قال ذلك : فهذا يناظر تعليق الخلع ، وقد مضى في كتابه ، وإن ظن الفقيه أن هذه المسألة فيها تقدير نقل ملك ؛ فيبعد عن التعليق قبل هذا التقدير ضمناً ، فلا يختلف به ترتيب المذهب ، والعتق يحصل منصرفاً إلى المستدعي ، وفي صحة المسمى وفساده خلاف ، كما مضى في الخلع .

ولو قال : أعتق عبدك عني على خمير ، فأعتقه عنه ، قال صاحب التقريب : وقع عن المستدعي وجهاً واحداً ، وهذا قد [يَجْرُ] ^(٣) إشكالاً على الناظر في ابتداء نظره ؛ من جهة أنه يعتقد حصول الملك بالعوض الفاسد ، وليس الأمر كذلك ؛ فإن الملك يحصل بالعوض الثابت شرعاً ، وهو قيمة العبد ، ولكن لم يفسد الملك ؛ من حيث إنه لم يقع مقصوداً ، وإنما وقع ضمناً ، ولذلك قُبِلَ التعليق ، وإن كان نقل الملك لا يقبل التعليق ، فكان الأصل العتق ، والعتق إذا قوبل بالعوض الفاسد إيجاباً وقبولاً ، حصل حصول الطلاق ، ثم إن تخلف شرط من شرائط الملك ، فلا مبالاة به ، لحصوله ضمناً غير ملفوظ به .

قال صاحب التقريب : إذا قال : أعتق عبدك عني غداً ، ولك ألف ، فصبر المالك حتى جاء الغد وأعتقه إنشاءً لما جاء الغد ، فيقع العتق عن المستدعي ويستحق الألف في هذه الصورة إذا^(٤) لم يجر العتق على صفة التعليق ، ثم قال صاحب التقريب : هذا ما ذكره الأصحاب ، وفيه نظر .

(١) (ت ٢) : والمستدعي .

(٢) زيادة من (ت ٢) .

(٣) في الأصل : « نَجَز » .

(٤) إذا : بمعنى إذ .

والأمر على ما ذكر ؛ فإن^(١) استدعاء العتق بالعوض قد يستدعي إجابة متصلة ، فإذا انفصلت الإجابة ، تطرق الاحتمال . وهذه المسألة تؤخذ من نظيرتها^(٢) من فصل تعليق الخلع .

فَصَحْحُ

قال : « ولو أعتق عبيدين عن ظهارين . . . إلى آخره »^(٣) .

٩٥٨١- النية شرط في الكفارات ، ولأنها عبادة ، والعبادات مفتقرة إلى النيات ، فلو أعتق رقبة ، ولم ينو صرفها إلى الكفارات ، لم يحسب العتق عنها .

٩٥٨٢- وتعيين النية في الكفارات ليس شرطاً ، حتى لو كانت عليه رقبة واجبة ، لم يدر أنها عن ظهار ، أو يمين ، أو وقاع ، أو قتل ، ونوى إعتاق الرقبة عن الواجب الذي عليه ، كفاه ذلك ، زاد القاضي ، فقال : كذلك لو [جوز]^(٤) أن تكون الرقبة مندورة ، فلا بأس عليه ، ويجب تعيين النية في الصلوات المفروضة والصيام ، وقد مضى حكم كل صنف في كتابه .

وقال الأصحاب : سبب ذلك أن العبادات البدنية تتمخض عبادةً ، فكان التعيين شرطاً فيها للإخلاص ، والكفارة [نازعة]^(٥) إلى الغرامات ؛ إذ هي عبادات مالية ، فاكتفي فيها بأصل النية .

٩٥٨٣- وهذا الكلام مُختل^(٦) غير مستقل ، والوجه عندنا في اعتماد إيجاب التعيين ونفيه أن نقول : العبادات البدنية لها مناصب ومراتب وبينها تفاضل يُعقل/ سببه ١٦٧ ش

(١) (٢) : على ما ذكرناه من استدعاء .

(٢) من نظير لها .

(٣) ر . المختصر : ١٣٠ / ٤ .

(٤) في الأصل : صور .

(٥) في النسختين : نازع .

(٦) (٢) : متخيل ، والمعنى بكونه مختلاً أنه قاصرٌ غير كافٍ .

٥٤٦ _____ كتاب الظهار / باب ما يجزىء من الرقاب والصيام وما لا يجزىء

[وقد لا يُعقل سببه^(١)] فالذي يعقل^(٢) ما يتعلق سببه بالنَّصَب والتعب المرتبط بالوقت^(٣) ، فإن صلاة الصبح أشق ، وصلاة الظهر في القائلة صعبة ، وصلاة المغرب مع التضييق وهي^(٤) في منتهى سَفَح النهار واستقبال الليل ، وصلاة العتمة وقد ظهرت دواعي الدَّعة في النفوس على أقدارٍ من النَّصَب مختلفة وأجناسٍ متفاوتة^(٥) ، وقد قال مبلغ الشرع صلى الله عليه وسلم : « أَجْرُكَ عَلَى قَدَرِ نَصَبِكَ »^(٦) ، فلاقَ بها التعيين .

وكذلك القول في الصوم والعتق ، لا تفاضل فيه باختلاف الأسباب الموجبة ؛ إذ لا سبيل إلى الحكم بأن العتق عن كفارة اليمين^(٧) دون العتق عن كفارة الظهار . نعم ، قد يظن الفطن أن العتق في كفارة^(٨) اليمين نازع إلى التطوع ؛ لمكان التخيير بخلاف العتق في كفارة الظهار ، وهذا لا ثبات له مع الحكم بأن الكفارة واجبة .

وهذا الذي ذكرناه يجري في صوم^(٩) الكفارات ؛ فإن الصوم لا يفضل الصوم بتفاوت الأسباب .

وما حكيناه قبلُ يَرِد عليه الصوم في [الكفارات]^(١٠) ؛ فإن الذي ذكرناه من نزوع الكفارة إلى الغرامات لا يتحقق في الصوم ، ثم لا يجب في الزكاة تعيين مال عن مال للفقهاء الذي ذكرناه ؛ فإن الزكوات لا تتفاوت مناصبها في الفضيلة باختلاف الأموال .

(١) زيادة من (ت ٢) .

(٢) (ت ٢) : تعلق .

(٣) (ت ٢) : بالوقف قال صلاة الصبح .

(٤) (ت ٢) : وهي في عينهن سفح النهار .

(٥) (ت ٢) : متقاربة .

والمعنى أن كلاً صلاة فيها مشقة من وجه تختلف عن الأخرى ، فلا مساواة بينها ولذا يجب تعييناً بالنية .

(٦) حديث « أَجْرُكَ عَلَى قَدَرِ نَصَبِكَ » متفق عليه من حديث عائشة رضي الله عنها (ر . البخاري : العمرة ، باب أجر العمرة على قدر النصب ، ح ١٧٨٧ ، مسلم : الحج ، باب بيان وجوه الإحرام ، ح ١٢١١) .

(٧) ما بين القوسين ساقط من (ت ٢) .

(٨) (ت ٢) : صور .

(٩) في الأصل : الكفارة .

وقد يَرِدُ على هذا التباس^(١) النذر بالكفارة ؛ فإن الكفارة إن كانت لا تستدعي تعييناً لإسنادها إلى جريمة أو إلى ما هو في معنى الجريمة ، وتعيينها ذكرُ أسبابها ، وهذا قد لا يتحقق في النذر ؛ فإن التزام القرية قرية ، والدليل عليه أن من كان عليه نذرٌ ، وصومٌ آخر مفروض عن قضاء ، فإنه يتعرض للنذر .

وقد حكيت عن القاضي أنه قال : إذا التبس ما عليه من العتق بالنذر والكفارة ، كفاه أن ينوي به العتق الواجب ، فليتأمل الناظر هذا ، والظن بالقاضي أن يطرد ذلك في الصوم المتردد بين المنذور وبين الكفارة مع التباس الحال ، فهذا فيه نوع تأمل على الناظر . ولو ذهب ذاهب إلى التزام التعيين لأجل النذر ، فإنه يكتفي بإعتاق عبيدين يجزّد نيته في أحدهما عن النذر وببهم الآخر ، والعلم عند الله .

ثم إذا رفعنا^(٢) اشتراط التعيين في نية الكفارة ، فلا فرق بين أن يتحد الجنس وبين أن يختلف ، ولا فرق بين أن يكون الفرض صوماً ، أو إعتاقاً ، أو إطعاماً ، فلو كان عليه كفارتان ، فصام أربعة أشهر بنية الكفارتين أجزاءه ، وانصرف كل شهرين إلى كفارة .

[ولو صام شهرين]^(٣) شهراً عن هذه الكفارة وشهراً عن تلك ، لم يجز ، والسبب فيه أن التابع شرط في الصيام ، فإذا صام يوماً عن غير ما شرّع فيه ، فقد انقطع التابع في ذلك المقدم^(٤) وهذا افتتاح كفارة أخرى .

ولو كان فرضه الإطعام وعليه كفارتان ، فأطعم مائة وعشرين مسكيناً عن الكفارتين أجزاءه . ولو كان ينوي بمُدّ كفارة ، ويمدّ كفارة أخرى / واتخذ ذلك سجية حتى أتى بما ١٦٨ عليه ، فلا بأس ؛ إذ لا^(٥) تابع في الإطعام .

(١) في (٢) : يرد البابين النذر بالكفارة إن كانت لا تستدعي تعييناً لاستثنائها إلى جهة ، وإلى ما هو في معنى الجهة .

(٢) (٢) : وقعنا .

(٣) في الأصل : ولو صار بشهرين . والمثبت من (٢) .

(٤) (٢) : في ذلك المقام .

(٥) (٢) : فلا بأس أولاً شارع في الإطعام .

ولو اختلف ما يكفر به وذلك باختلاف أحوال الملتزم [بأن]^(١) كان موسراً في كفارة ، ومعسراً في أخرى ، قادراً^(٢) على صوم الشهرين ، [ومُقنِداً]^(٣) عاجزاً في أخرى ، فأعتق رقبة عن [كفارة]^(٤) ، وصام شهرين عن [كفارة]^(٥) ، [أو أطعم]^(٦) مطلقاً كذلك ، صح منه ما جاء به ، وانصرف كل واجب إلى [جهة]^(٧) .

٩٥٨٤- ومما ذكره الأصحاب في ذلك أن قالوا : نحن وإن لم نوجب التعيين بالنية في الكفارات ، فلو عيّن ، فهو مؤاخذ بالإصابة^(٨) ، وبيان ذلك : أنه لو كان عليه كفارة القتل في علم الله تعالى وتقدس ، فحَسِبَ^(٩) أن عليه كفارة الظهار ، فلو أعتق رقبة عن الكفارة أجزأه العتق ، وإن لم يتعرّض للتعيين .

ولو أعتق رقبة عن كفارة الظهار ؛ بناء على ظنه ، ثم تبين أن الواجب عليه سببه القتل ، فالعتق نافذ ، وذمته لا تبرأ عما عليه ؛ فإنه صرف الإعتاق قصداً عما عليه ، فانصرف عنه .

ونحن وإن كنا لا نوجب التعيين ، فيشترط أن يكون الواجب مندرجاً تحت عموم

(١) زيادة من المحقق .

(٢) (ت ٢) : قادراً على صوم الشهرين وعاجزاً في أخرى وفيه عن الكفارة وصيام شهرين عن الكفارة الأخرى .

(٣) في الأصل : « مُقْتَرَأ » من أقتر الرجل إذا ضاق عيشه ، وهذا المعنى غير مراد ، فالقدرة على الصيام لا يقابلها العجز عن الإطعام ، وإنما يقابلها الضعف والعجز عن الصوم . (وأفند إذا بلغ به الهرم والشيخوخة حداً أضعف رأيه) .

(٤) في النسختين : « الكفارة » .

(٥) في النسختين : « الكفارة » .

(٦) في النسختين : « وأطعم » والمثبت من المختصر .

(٧) في النسختين : جهته ، والمثبت من المحقق - وصورة المسألة : رجل عليه ثلاث كفارات ، فأعتق رقبة عما عليه ، ثم أعسر فصام شهرين عما عليه ، ثم ظل على عسره وعجز عن الصوم فأطعم عما عليه ، فتتصرف كل كفارة إلى جهة ، مع أنه أوقعها مطلقة ولم يعينها .

(٨) (ت ٢) : بالإضافة .

(٩) عبارة (ت ٢) فيها خرم ، إذ جاءت هكذا : « فحسب أن عليه كفارة الظهار بناءً على ظنه . . . إلخ » .

النية ومقتضاها ، فإذا انصرفت النية عن الجهة الثانية ، لم يقع [الاعتداد]^(١) بالمؤدّي أصلاً ، وقد ذكرنا^(٢) نظائر ذلك في ربط نية الزكاة بمالٍ هو معدومٌ حالة إخراج الزكاة^(٣) ، وذكرنا تعيين الإمام الذي به الاقتداء والحاضر غير المنوي ، وذكرنا في الصلاة على الجنائز التعيين مع الخطأ ، وجمعنا هذه الفصول في أقسام ضابطة في باب نية الطهارة^(٤) .

فصل في

قال : « ولو ارتد قبل أن يكفر . . . إلى آخره »^(٥) .

٩٥٨٥- من لزمته الكفارة فارتد قبل التكفير ، ثم كفر بالعتق ، قال الأصحاب : أجزاءه وبرئت ذمته ، ولو أسلم ، لم يكن مخاطباً بإعادة التكفير ، وهذا ليس بدعاً ، والمرتد على علائق ثابتة في الإسلام ، وأصلنا أن الكافر الأصلي يلتزم الكفارة ، ويؤديها ، والمرتد لا يصوم عن الكفارة في حالة رده ؛ فإن الصوم عبادة بدنية غير نازعة إلى غرض آخر سوى الامتحان في البدن ، والكفارات المالية تنزع إلى الغرامات ، [وقد]^(٦) ذكرنا أن الزكاة تخرج من مال المرتد ، وترددنا في وجوب الزكاة في ماله ابتداء ، كما تفصل في كتاب الزكاة .

ثم قال الأصحاب : العبادات المالية يتعلق بها غرض الإرفاق ، وسدّ الحاجات ، والتقرب إلى الله تعالى ، والغرض الأظهر منها الإرفاق ، وما نيط بسببين قد

(١) في الأصل : الاعتقاد .

(٢) (ت ٢) : نظرنا نظائر .

(٣) المعنى أنه لو كان له مالٌ غائب في بلد آخر ، فأخرج الزكاة عنه وعينها وربط نيته بأنها عن ذلك المال ، ثم تبين أنه كان تالفاً لا زكاة عليه ، فلا يصح أن يعتبر هذه الزكاة عن مالٍ آخر موجود من ماله .

(٤) (ت ٢) : في باب فيه الظهار . (وهو وهم عجيب) .

(٥) سقطت علامة (فصل) من (ت ٢) .

(٦) ر . المختصر : ١٣١ / ٤ .

(٧) في الأصل : فقد .

[يستقل]^(١) بأحدهما كالحَدِّ يُمَحَّصُ ويزجر^(٢) ، ثم يثبت على الكافر زاجراً ، وإن لم يكن ممحَّصاً .

وهذا يثبت على مراتب : فالزكاة يظهر قصد الإرفاق بها ، ولكنها وظيفة وطريحةٌ للمحاييج على أغنياء المسلمين ، فلا تطرد على الكفار ؛ فإنهم بالتزام الجزية ، لم يتطوَّقوا أن يسدّوا حاجات محاييج المسلمين ؛ فلم يخاطبوا بالزكاة ، ولم يطوَّقوا تحمّل كلّ المسلمين ، وليست الزكاة متعلقة بجريمة أو ما يجري مجرى الجريمة ، بل هي محض حق المال ، وهم^(٣) بالذمة/ صانوا أموالهم عن مطالبات الشرع ، والكفارات ضاهت الحدود .

هذا وضع المذهب ، وعلى الأصحاب تقريره .

ثم لا يصح من الكافر والمرتد إلا إخراج الأموال في الكفارات فحسب ، والمرتد تميز عن الكافر الأصلي لما فيه من عُلقة الإسلام ، ولهذا تخرُجُ عن ماله الزكاة التي وجبت في الإسلام ، على الرأي الظاهر ، وقد نقول : تجب الزكاة في ماله إذا لم نحكم بزوال ملكه .

وهذا لا يتصوّر في حق الكافر الأصلي ، وإن [شمِلهما]^(٤) الكفر ؛ فإن الكافر الأصلي لم يلتزم موجب شرعنا في الحقوق المالية ، والمرتد سبق منه الالتزام ، وقد يطرد عليه حكمه ، وهذا مع اختلاف قدمناه في المرتد في كتاب الزكاة .

٩٥٨٦- فانتظم مما ذكرناه أن المرتد على ظاهر المذهب يُخرج الكفارة بالمال ، فيُعْتَق ويُطْعَم [ولا يصوم]^(٥) .

ثم قال جمهور الأصحاب : هذا تفريع على قولنا : إن الردة لا توجب زوال الملك^(٦) ،

(١) في الأصل : يستقبل . والمثبت من (ت ٢) .

(٢) (ت ٢) : ويؤخر .

(٣) (ت ٢) : بل هي محض حق المال وهو في الذمة صائر إلى أموالهم عن مطالبات الشرع .

(٤) في النسختين : شملها .

(٥) في الأصل : ويصوم .

(٦) (ت ٢) : المال .

فإن قضينا بأنها توجب زواله ، فلا يتصور من المرتد أن يكفر ؛ إذ لا ملك له ، ولا يصح منه الصوم .

وذهب بعض أصحابنا إلى أنا وإن حكمنا بأن الردة تزيل الملك ، فإذا كانت عليه كفارة فارتد ، فما تتعلق الكفارة به يُستثنى من الحكم بزوال ملكه عنه ، فيعتق عبداً من عبيده أو يُحصّل^(١) عبداً بدراهمه ، وإن كان بحيث يصح منه الإطعام ، فيُخرج الإطعام ، والحكم بزوال الملك يقع وراء ذلك .

وهذا اختاره صاحب التقريب ، ورآه الأصح ، ولفظه في الكتاب : إن المذهب أن الأمر كذلك ولو حكمنا بزوال ملكه ، واحتج على ذلك بالديون ؛ فإن من ارتد وعليه ديون ، أدت الديون من ماله وإن حكمنا بزوال ملكه .

قال صاحب التقريب : هذا ما ذهب إليه الأصحاب أجمعون - يعني قضاء الديون - إلا الإصطخري ، فإنه قال : إذا فرعنا على قول زوال الملك لا تُقضى ديونه ، ويجعل كأن أمواله تلفت .

وهذا إن قاله في الديون التي وجبت في الإسلام ، فهو سرف عظيم ، وهو خروج عما عليه الناس ، وإن كان هذا يليق بتصرفاته ؛ فإن من شيمه الاستجراء ، وترك المبالاة ، وإن كان يريد به أن الديون التي [توجد]^(٢) أسبابها في حالة الردة لا تؤدّى ممّا كان مالاً له - على قولنا بزوال الملك - فهذا شديد ، ولا يجب أن يخالف فيه ، ولا يصح استثناء هذا المذهب في معرض الاستبعاد .

وذكر صاحب التقريب وجهاً آخر أنه إذا ارتد لم يُخرج من ماله إلا أدنى الدرجات ، وظني أنه قال هذا في الكفارات المخيّرة ، وهي كفارة اليمين .

فخرج مما ذكرناه أن الصوم [لا يصح]^(٣) من المرتد ، والتكفير بالمال يصح إذا

(١) (٢) : أو يحصل عليه بدراهمه .

(٢) في الأصل : توجه .

(٣) زيادة من المحقق . ومن عجب أن تسقط هذه اللفظة من النسختين ، فتقلب المعنى تماماً وأعجب العجب أن تسقط من (صفوة المذهب) ، فعلى فرض أنها كانت ساقطة في النسخة التي يلخص منها ابن أبي عصرون ، فكيف نصدق ويحتمل عقلنا أن هذا الإمام لا يكتشف هذا

قلنا : ملكه لا يزول ، وإن قلنا : يزول ملكه ، فهل يُخرج الكفارة ، فعلى الخلاف الذي ذكرناه .

* * *

الخلل الذي يحلّ حراماً معلوماً من الدين بالضرورة!!! ثم على فرض أنه تنبه لذلك وصحح العبارة ، ألا يكون عجيباً غريباً أن تسقط من ناسخ مختصر ابن أبي عصرون ، ومن نسختين من نهاية المطلب في وقت واحد!! الله أعلم . ونص عبارة ابن أبي عصرون هو : « فخرج أن الصوم من المرتد والتكفير بالمال يصح إذا قلنا : إن ملكه لا يزول ، وإذا قلنا : يزول ، فعلى الخلاف المذكور » (ر . صفوة المذهب : جزء ٥ / ورقة : ١٠٢ يمين سطر (٥) والله أعلم . وهذا يذكرنا بـ (لا) التي اجتمع على إسقاطها نسختا النهاية وابن أبي عصرون ، فأجيز بإسقاطها توكيلُ الذمي في قبول نكاح مسلمة وفي تزويجها!

باب

ما يجزىء من العيوب في الرقاب الواجبة/

١٦٩ ي

٩٥٨٧- أجمع العلماء المعتبرون على أن العيوب في الرقاب تنقسم : فمنها ما يمنع من الإجزاء ، ومنها ما لا يمنع ، وقال داود : ليس فيها ما يمنع ، وتعلق باسم الرقبة . وقال الشافعي : « لم أعلم أحداً ممن مضى من أهل العلم ، ولا ذكر لي ، ولا بقي أحدٌ إلاّ يقسم العيوب . . . إلى آخره »^(١) ، وهذا داود نشأ بعده ، وعندي أنه لو عاصره ، لما عدّه من العلماء .

فإذا تبين أن العيوب مُنقَسمة ، فمذهب الشافعي أن ما يَنْقُصُ العمل نقصاناً بيّناً ، ويضر به ضرراً ظاهراً ، فهو يمنع من الإجزاء ، وعقدُ الباب تَخْلِيصُ مَمْلُوكٍ من أَسْرِ الرق ؛ حتى يَسْتَقِلَّ ، ثم الذي يليق بهذه القُرْبَة أن يكون مستقلاً بما يُقِيمُه ، منبسطاً^(٢) في عمله ؛ فيتخلصَ عن العمل لغيره ، وإذا كان زَمِناً مثلاً ، فالرق أجْدَى عليه ؛ إذ عليه كَافِلٌ^(٣) يكفيه مُؤَنَه ، فأقرب معنى في الاستنباط^(٤) ما راعاه الشافعي رضي الله عنه ، ولا يُنظر إلى العيوب المؤثرة في المالية ؛ فإن العتقَ إِزَالَةُ المالية ، بخلاف العبد المأخوذ في غُرّة الجنين ؛ فإنه يُقْصَدُ مَالاً وَيُؤْخَذُ مَالاً ، [فيراعى]^(٥) فيه المقاصدُ المالية ، على ما سيأتي شرحها في باب الجنين ، إن شاء الله عز وجل ؛ فأحرى معتبر في الباب ما ذكرناه [من التأثير في العمل والإضرار الظاهر به]^(٦) .

وقد يزداد العقد وضوحاً بذكر مذهب يخالف المذهب المختار ، قال أبو

(١) ر . المختصر : ١٣١/٤ ، وهذا معنى كلام الشافعي في المختصر وليس نصه .

(٢) (ت ٢) : مقسطاً .

(٣) (ت ٢) : تحامل .

(٤) (ت ٢) : الانبساط .

(٥) في الأصل : ويراعى ، و(ت ٢) : فراعى .

(٦) في الأصل : « أما ذكرناه من التأثير الذي في العمل والإضرار والظاهر به » . وفي (ت ٢) :

« ما ذكرناه من التأثير في العمل اليسير والأضرار الظاهرة » والمثبت تصرف من المحقق .

حنيقة^(١) كل عيب يفوت جنساً من المنفعة أو معظمها يمنع الإجزاء ، وما لا فلا ، فالذي سقطت أسنانه لا يجزىء عنده ، وكذلك الأخرس ، والأصم ، ومقطوع اليد والرجل من الخلاف يجزىء ، ومقطوع اليد والرجل من الوفاق لا يجزىء .

٩٥٨٨- فإذا تبين أصل مذهبنا ، فإننا نفضله بالمسائل : فالأعمى لا يجزىء ، ومن قطعت إحدى يديه أو إحدى رجله لا يجزىء ؛ فإن النقص يظهر والضرر يتبين ، فإذا كنا نتكلم وظهر أن المرعي بالإعتاق الإطلاق عن الوثاق ، ففوات المقصود ليس شرطاً في تحقيق العيب ، بل نقصانه البين كافٍ ، والعمور لا يمنع بل يجزىء الأعور ؛ فإن النقصان لا يبين ، وهو بفرد عين يعمل قريباً مما يعمل [ذو العينين]^(٢) ، وكذلك يجزىء الأحول والأعرج ، إذا لم يكن قريباً من الزمانة ، ولا يؤثر البهق والبرص والوكع^(٣) والكوع^(٤) والقرع ، وضعف الرأي والخرق .

ولو قطعت إبهامه ، أو مُسَبَّحَتُهُ أو الوسطى من يده ، لم يجز إعتاقه ، وقطع الخنصر لا يظهر أثره ، وكذلك قطع البنصر ، ولو قطعت الخنصر والبنصر ، فإن قطعنا من يد واحدة ، منع الإجزاء ، وإن كان القطع من يدين فلا يمنع ؛ فإن الضرر لا يظهر .

وقطع الأئمة لا يؤثر إلا إذا قطعت من الإبهام ؛ فإن قطع أئمة منها بمثابة قطعها ، وقطع أئمتين في كل إصبع بمثابة قطع ذلك الإصبع ، هكذا قال العراقيون ، واستهانتهم بقطع أئمة واحدة محتملة من غير الإبهام ، كما فصلوا .

فأما إذا قطعت الأنامل العليا من الأصابع ، فلعل هذا يحوج إلى مزيد نظر ، والعلم عند الله .

(١) ر . مختصر الطحاوي : ٢١٣ ، مختصر اختلاف العلماء : ٤٩٤ / ٢ مسألة : ١٠٣٦ ، المبسوط : ٢ / ٧ .

(٢) في الأصل : ذو اليمين .

(٣) الوكع : هو اعوجاج إبهام رجله وإقباله على السبابة حتى يرى أصلها خارجاً كالعقدة ، ويقال : رجل أوكع ، وامرأة وكعاء ، ووكع وكعاء من باب تعب (المصباح) .

(٤) الكوع بفتحين مصدر من باب تعب ، وهو اعوجاج الكوع ، وقيل هو إقبال الرسغين على المنكبين ، ويقال للرجل أوكع والمرأة كوعاء . (المصباح) .

وفقد أصابع الرجلين لا أثر له وفاقاً ، هكذا ذكره / القاضي وغيره .

ش ١٦٩

والمجنون لا يجزىء إذا كان الجنون مطبقاً ، والمريض يفصل الأمر فيه ، فإن كان المرض المانع من العمل مرجو الزوال ، فلا مبالاة به ، وهو كالصبي ؛ فإن ابن اليوم يجزىء ؛ لأننا على رجاء من كبره ، فليكن المرض كذلك ، وإن كان المرض بحيث لا يرجى زواله ، فهو مانع من الإجزاء .

٩٥٨٩- ثم لا بد وراء ذلك من مزيد . فإذا أعتق المريض الذي لا يرجى برؤه ، فتمادى المرض ومات ، فلا إشكال أنه غير مجزىء ، وإن استبّل^(١) [وأفاق]^(٢) ، فهل تبيّن أن العتق مجزىء أم نقول : برؤه حادثٌ نعمة بعد العتق ، ولم يكن مقترباً بالإعتاق ؟ الرأي الظاهر الإجزاء ؛ لأننا كنا نبني المنع على أنه لا يبرأ ، فإن برأ ، فالحكم كذلك ، والمسألة من طريق الترتيب والتلقيب لا من جهة الفقه تلتفت على [المعصوب]^(٣) يستأجر على الحج ثم يبرأ .

وإذا أعتق مريضاً مرجوّاً ؛ ثم تمادى المرض به ومات ، فهذا فيه احتمال متردد أيضاً ، والتنبيه فيه كافٍ ، ولعل الأوجه الإجزاء ؛ نظراً إلى الرجاء المقترن بحالة الإعتاق ، وحملًا لما كان من الموت على حادثٍ مرضٍ .

٩٥٩٠- واختلف نص الشافعي رضي الله عنه في الأخرس واضطرب الأصحاب ، فأجرى بعضهم قولين : أحدهما - الإجزاء ؛ لأن الأخرس لا يظهر أثره في العمل . والثاني - أنه لا يجزىء ، فإن مناطقته عسرة ، وهذا يعسر اختلاطه بالناس ، وينعطف على تعذر عمله واكتسابه ، وهذا تكلفٌ ، والحق يناطق الفقيه بغيره .

ومن أصحابنا من نزل النصين على حالين ، فقال : حيث منع أراد إذا كان لا يفهم بإشارته ، وحيث أجاز أراد إذا كان يفهم بالإشارات .

وذكر بعض الأصحاب طريقة ثالثة ، فقالوا بالبكم والصمم إذا اجتمعا معنا ، وهذا

(١) استبّل : برأ وسَلِمَ وتعافى وشفي من مرضه .

(٢) في النسختين : وفاقاً .

(٣) في النسختين : المغصوب (بالمعجمة) .

يغلب في الذي يولد أصمّ ؛ فإنه لا ينطق إذا لم يسمع ولا يفهم [ولا يفهم] ^(١) .

ومن أجرى القولين في الأخرس طردوا القولين في الأصم الأصلح ^(٢) ، وهو بعيد ، لا يليق بقاعدة الشافعي رضي الله عنه في مراعاة العمل .

ونص الشافعي على من كان يُجن ويُفقد فإعتاقه مجزىء ، وهذا ظاهر إن قل زمان الجنون وكثر زمان الإفاقة ، فأما إذا كان زمان الجنون أكثر ، فما نرى الشافعي يقول ذلك رضي الله عنه ، وإن استوى الزمانان في الثوب ، فظاهر النص الإجزاء ، وفيه احتمالٌ من طريق المعنى .

٩٥٩١- والذي نختم الباب به أن النقصان في العمل لم يُجره ^(٣) الشافعي رضي الله عنه على قياس النقصان ^(٤) [في] ^(٥) المالية حيث تُرعى المالية ، فإن النقصان وإن قل إذا أثر في المالية ، كفى في كونه عيباً ، وهاهنا شرطُ الظهور ، كما شرط أبو حنيفة الظهور في عيب الصداق ، والسبب فيما ذكره الشافعي أن الناس أنفسهم يتفاوتون في القوى ، ثم لا يشترط أن يكون العبد المعتق قوياً ذا مرة ، فقد نجد ^(٦) ذا مرة ضعيف الكسب ، ونصادف ضعيفاً قوي الكسب ، وبالجملة لا ضبط ، فلو اعتبرنا أدنى النقصان من العمل ، لم يكن لاثقاً ، فهذا الأصل [مما] ^(٧) نبهنا عليه .

ي ١٧٠

و[أما] ^(٨) المالية ، فإنّ ضبطها هين ، فاعتبر ما ينقصها . نعم ، النقصان الذي يُتغابن في مثله لا اعتبار به أيضاً ؛ من حيث إنه لا يظهر به المقصود ، فالمرعي ظهور الغرض في كل باب على حسب ما يليق به ، والهَرَم الذي ظهر عجزه عن العمل ، لا يجزىء ، والصغر لا يمنع الإجزاء ؛ فإنه إلى الزوال .

(١) زيادة من (ت ٢) .

(٢) الأصلح والأصلح بالخاء والجيم بمعنى واحد ، وهو الذي ذهب سمعه (المعجم) .

(٣) في الأصل : يجزه ، و(ت ٢) : يجوز .

(٤) (ت ٢) : السلطان المالية .

(٥) زيادة من المحقق .

(٦) (ت ٢) : نصادف .

(٧) غير مقروء بالأصل . وفي (ت ٢) : « معنا » والمثبت تقدير من المحقق .

(٨) زيادة من (ت ٢) .

٩٥٩٢- ورأيت في كلام العراقيين ما يشير إلى تردد في أن إعتاق الحمل هل يجزىء ، وهذا فيه إذا تحققنا وجوده مع انسلاك الروح فيه ، وطريق استبانة ذلك بين ، [فلا]^(١) شك أنا لا نحكم في الحال بحصول براءة الذمة ، فلا يسلط المظاهر على الغشيان [وإن]^(٢) قلنا الحمل يُعرف ، هذا لا خلاف فيه ؛ فإننا لا نتحقق الحياة إلا بتقدير الانفصال على حدّ [يستند]^(٣) علمنا معه بحياة الجنين إلى وقت الإعتاق .

والذي رأيت فحوى كلام الأئمة عليه في طرق المراوغة أن الحمل لا يجزىء وإن تحققنا بطريق الاستناد وجود حياته حالة الإعتاق ، وهذا ما يجب التعويل عليه ، وترك الاعتداد بما سواه ، والله المعين .

* * *

(١) في الأصل : ولا .

(٢) في الأصل : فإن .

(٣) في الأصل : يستبد . و(ت ٢) : يستفد .

باب من له الكفارة بالصيام

قال الشافعي رحمه الله : « من كان له مسكن وخادم لا يملك غيره . . . إلى آخره »^(١) .

٩٥٩٣- لما ذكر الشافعي في الباب المقدّم العتق وما يتعلق به ، ثم عقبه بصفة المعتق ، وذكر انقسام العيوب إلى ما يمنع من الإجزاء ، وإلى ما لا يمنع منه ، وانتجز غرضه في العتق ، استفتح باب الصيام ؛ فإنّ كفارة الظهار مبدوءة بالعتق ، فمن لم يتمكن ، صام شهرين متتابعين ، فجرى على مقتضى ترتيب الكفارة ، وخاض في الصوم .

وأول ما يجب الاعتناء به بيان العجز الذي يسوغ^(٢) لأجله الانتقال إلى الصوم ، قال الله تعالى : ﴿ فَمَنْ لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ ﴾ [المجادلة : ٤] ؛ هذا يشعر بالإمكان ومقتضاه التضييق ، حتى إذا كان للوجدان وجه ، فلا سبيل إلى الحيد عن الرقبة والتعلّق بالصيام ، ولكن اتفق الأصحاب على ضرب من الاتساع لا يلائم عندي ظاهر القرآن ، ولكننا نطرد المذهب على وجهه نقلاً ، ثم ننظر فيما نبهنا عليه .

٩٥٩٤- قال الشافعي رضي الله عنه : إذا ملك رقبة غير أنها مستغرقة بحاجته بأن كان مريضاً زمناً لا يستطيع الاستقلال ، فلا نكلفه أن يُعتقه ، بل له الانتقال إلى الصوم ، وكذلك لو كان قادراً على أن يقوم بحاجات نفسه ، ويتبدّل في تصرفاته ، ولكن كان لا يليق ذلك بمنصبه ، ولو انتشر بنفسه ، لكان ذلك غضاً من مروءته^(٣) ،

(١) ر . المختصر : ١٣٣/٤ .

(٢) (ت ٢) : يشرع .

(٣) (ت ٢) : غضاً من ضرورته .

فله أن يُمسك العبدَ قواماً بهذه الأمور^(١) ، فنزّل الأصحاب الحاجة الحاقّة في البدن ، وما يؤدّي إلى غض المروءة [منزلة عدم الرقبة]^(٢) في قول .

وأبو حنيفة خالف في هذا .

ولو ملك مسكناً فسيحاً وكان يكتفي ببعضه ، فعليه إن أراد الخلاص من الكفارة أن يصرف البعض إلى الرقبة .

وإن كان لا يتأتّى ذلك ، والمسكنُ في نفسه على قدر الحاجة ، فلا نكلفه بيعه ؛ إذ الحاجةُ إليه أمسُّ منه إلى العبد الخادم فيما يتعلق بحفظ المروءة/ . ١٧٠ ش

ولو كان المسكن ضيقاً لا يمكنه بيع بعضه ، ولكنه كان نفيساً ، ولو باعه أمكنه أن يشتري ببعض الثمن عبداً ، وبالبعض منه مسكناً في محلّة أخرى ، فهل نكلفه ذلك ؟ فعلى وجهين ، قال القاضي : أظهرهما أنا لا نكلفه ، ويسوغ له الانتقال إلى الصوم ؛ فإن المسكن المألوف يصعب مفارقتها ، ويكون ضرباً من الجلاء^(٣) .

والوجه الثاني - نكلفه ذلك ؛ فإن ضرر الجلاء إنما يظهر في مفارقة البلدة وتخليف الأهلين والمعارف .

ولو ملك عبداً ثميناً ، وكانت الحاجةُ تمسُّ إلى اقتناء عبد ، ولو باع هذا العبدَ لأمكنه أن يشتري ببعض ثمنه عبداً يُجزيء في الكفارة ، ثم كان يتسع باقي الثمن لعبدٍ يخدمه ، فهل نكلفه أن يبيع ذلك العبدَ ويفعل ما وصفناه ؟ فعلى وجهين مأخوذ من بيع المسكن ، والجامعُ الإلف .

ولو لم يكن ذلك العبد مألوفاً بل كان حصل له من عهد قريب ، فعليه أن يفعل ما وصفناه ، وكذلك القول في المسكن إذا لم يؤلف .

٩٥٩٥- فهذا ما ذكره الأئمة ، وقياسهم هذا يقتضي ضرباً من^(٤) التوسعة فيما

(١) هذا معنى كلام الشافعي ، وليس بلفظه . (ر . المختصر : ٤ / ١٣٣) .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) (ت ٢) : الخلاف . والجلاء هنا معناه الهجرة والرحيل ومفارقة الوطن ، فهو ضرب من ذلك .

(٤) (ت ٢) : يتبين التوسعة .

نصفه ، فلو كان في يد الرجل من المال ما يستقلّ به ، ولو أخذ بعضه ، [لاستحق]^(١) بالمسكنة ، وصار بحيث يجوز صرف سهم المساكين إليه ، فالذي يقتضيه قياس الأصحاب أنا لا نلزمه هذا ؛ فإن الانتقال من الاستقلال إلى اختلال^(٢) الحال حتى يصير بحيث لا يفي دخله بخزجه عظيم الوقع ، وهو لا محالة فوق ترك المروءة ومخالفة المنصب ، مع العلم بأن معظم ما يعبه الناس من المروءات هو عند ذوي الألباب من رعونات الأنفس .

وكذلك لو كان مسكيناً ، فلا نكلفه أن يشتري عبداً ؛ فإنه يناله بما يخرج به ضرراً بين ، وهو أوقع من الانتقال [من]^(٣) الاستقلال إلى أول حد المسكنة . هذا هو الذي تحققناه نقلاً واستنباطاً من قول الأصحاب .

ومما ذكره^(٤) أنه لو كان له مال غائب ، [فأراد الانتقال]^(٥) إلى الصوم في الكفارة المرتبة ، لم يكن له ذلك ، وليس كالمسافر لا يصحبه من المال ما يشتري به ماء الوضوء ، وكان له مال في الغيبة ، فالوجه أن يتيمم ، فإن الصلاة لا تقبل التأخير ، وماله في الغيبة لا يُغني عنه شيئاً ، وهذا لا يتحقق في الكفارة ؛ فإنها تقبل التأخير ، وليس وجوبها على الفور .

قال العراقيون : لو كانت المسألة مفروضة في كفارة الظهار ، فلا يكاد يخفى أن تحليله زوجته يتوقف على التكفير ؛ فإذا كان ماله غائباً ، ولم يجد من يقرضه ، فلو كلفناه أن يؤخر التكفير ، لاستمرّ التحريم ، فماذا يصنع والحالة هذه ؟ فعلى وجهين ذكر وهما : أحدهما - أنه يؤخر ؛ طرداً للقياس .

والثاني - أنه ينتقل إلى الصيام ، فإن الضرر قد يظهر عليه بترك الغشيان ، وقد يخاف الوقوع في الوقاع قبل التكفير .

(١) في الأصل : لا يستحق ، والمثبت من (٢) .

(٢) (٢) : فإن الانتقال إلى اختلاف الحال حتى . . .

(٣) في النسختين : إلى .

(٤) الضمير هنا يعود على القاضي ، وقد ذكره آنفاً ، وليس على الشافعي ، فإن هذا ليس في المختصر . والله أعلم .

(٥) زيادة من (٢) .

ومما نلحقه بما ذكرناه أن زكاة الفطر لم يُرْعَ فيها إلا ما يفضل من القوت ، كما مضى مفصلاً في صدقة الفطر ، وقد نُحِج إلى الفرق بين صدقة الفطر وبين ترتب البدل على/ المبدل في الكفارة ، ويتجه أن نقول : صدقة الفطر قريبة المأخذ^(١) ، قليلة^{١٧١} ي المقدار ، سهلة المحتمل ، فلم يبعد [نزعها]^(٢) إلى الوجوب ، وهي تجب أيضاً على الفور ، وهذا يؤكد ما ويوضح الفرق بينها وبين الكفارة ، وهي أيضاً شديدة الشبه بالنفقات ، ولهذا تتبعها .

٩٥٩٦- وقد نجز الغرض في هذا المقام ، وبقي ما أبدناه إشكالاً في أول المسألة ؛ إذ نبهنا على الظاهر ، وما فيه من الإشكال .

والممكن في دفع ذلك - والله أعلم - الالتفات إلى ما يحل محل الإجماع : فإن^(٣) الذين كفروا بالصيام كانوا أصحاب مساكن يأوون إليها ، وهم يصومون عن الكفارة ، ومن ادعى أن أحداً لم يصم في كفارة إلا وهو خلي عن ملك المسكن ، فقد ادعى بعيداً .

وأيضاً ، فإن البدل والمبدل في الكفارات وجدناهما في مراتب الشرع قريبين ، ولعل صوم الشهرين أوقع من إعتاق عبد على أقل المراتب ، سيما في حق أصحاب النعم ، وإذا كانت لا تتفاوت ، فالترتب^(٤) فيها يجب أن يُقَرَّب أمره ، وليس كترتب التيمم في الوضوء ، فإن الوضوء يرفع الحدث ، ويفيد النظافة ، ولا معنى للتيمم يُقَرَّب دَرْكه بالعقل إلاّ استدامة تمرين النفس ، فكان التيمم في حق الترك للوضوء^(٥) ، وفي الكفارات يفيد كل بدل عين^(٦) ما يفيد المبدل ، فلا يبعد أن يُقَرَّب الأمر في

(١) (ت ٢) : مرتبة المأخذ .

(٢) في الأصل : تسرعها . والمثبت من (ت ٢) ، ثم معنى نزعها أي ميلها واتجاهها .

(٣) (ت ٢) : قال .

(٤) (ت ٢) : فالترتيب .

(٥) في حق الترك للوضوء أي بمنزلة الترك للوضوء . (وإخال الكلمة محرّفة ، وصوابها : « في حكم الترك للوضوء ») . والمعنى لا يتغير بذلك .

(٦) (ت ٢) : غير .

هكذا ، حتى يدار الأمر على العسر واليسر ، والمشقة وعدمها .

فإذا تبين هذا ، فالخوض بعده في بيان الصيام .

٩٥٩٧- قال الشافعي رحمه الله : « إن أفطر من عذرٍ أو غيره . . . إلى آخره »^(١) .

صوم الشهرين مقيدٌ مشروطٌ بالولاء والتتابع في كفارة الظهار ، وكفارة القتل ، والوقاع في رمضان ، [فيجب]^(٢) رعاية التتابع ، فلو أفطر في اليوم الأخير عمداً ، فسد عليه الاعتداد بجميع ما قدمه .

وهل نحكم بفساد الصوم ، أم نقضي بانقلابه نفلاً تبيناً ؟ فعلى قولين أجريناها في نظائر ذلك ، فكل من نوى عبادة مفروضة ، وكان المفروض مفتقراً إلى شرط والنفل من قبيله ونوعه لا يفتقر إلى ذلك الشرط ، فإذا تخلف الشرط ، ففي حصول النفل قولين قدمناهما مقرّرين في كتاب الصلاة .

وكذلك لو ترك النية ناسياً في اليوم الأخير حتى أصبح ، فلا سبيل إلى الصوم في هذا اليوم . عن جهة الكفارة ، ثم يتبين خروج ما مضى من الاعتداد .

ولو أنشأ صوم الشهرين في وقت يتخلله يوم العيد ، لم يصحّ صومه ، وأول عقده لا ينعقد من غير حاجة إلى التبيين ؛ فإنه أنشأه في وقتٍ لا يتأتى فيه الوفاء بالتتابع ، ويعود القولان في انعقاد الصوم نفلاً ، كما قدمناهما .

وإن كانت المرأة تصوم الشهرين عن كفارة قتلٍ ، فطريان الحيض لا يقطع تابعهما ؛ فإن هذا الزمان لا يخلو في الغالب عن طريان الحيض .

ولو طرئ مرض يبيح مثله الفطر في رمضان ، فأفطر لأجله ، ففي انقطاع التتابع قولان مشهوران : أحدهما - أنه لا ينقطع لظهور العذر ، والتتابع في صوم الكفارة لا يزيد على أداء صوم رمضان في وقته ؛ فإذا جاز الإفطار في رمضان بعذر المرض ، ش ١٧١ وجب أن ينتهز عُذراً في ترك/ التتابع .

والقول الثاني - أن التتابع ينقطع ؛ لأن من الممكن أن يصوم شهرين من غير قطع

(١) ر . المختصر : ١٣٣/٤ .

(٢) في الأصل : ويجب .

الولاء ، وليس هذا [بتجوز] ^(١) الإفطار ، فإن المرض يقتضيه ، ولو مَنَعْنَا من الفطر ، كان إرهاقاً عظيماً ، والذي نحن فيه ليس من قبيل المنع والجواز ، وإنما هو نظرٌ في الاعتداد والاحتساب ، هذا قولنا في المرض .

فأما إذا سافر ، وأفطر بعذر السفر ، فقد ذكر أصحابنا في ذلك قولين مرتبين على القولين في المرض ، وجعلوا الإفطار بعذر السفر لقطع التتابع أولى ، والرأي الظاهر أن التتابع ينقطع ؛ فإن تجوز الإفطار بعذر السفر رخصة لا تناط بمشقة ولا حاجة ، فكيف يجوز أن يعدى بمثل هذه الرخصة موضعها ومحلها .

٩٥٩٨- ومما يجب التفطن له أنا لو روجعنا ، فقليل لنا : الخائض في صوم الشهرين هل يجوز له أن يتركه عازماً على أن يتبدىء صومَ شهرين بعد هذا ^(٢) ، من غير عذر ؛ فإنه يجوز له تأخير الكفارة قبل الخوض ، فهل يخرج اختيار قطع الولاء تعمداً على تجوز تأخير الكفارة ؟

هذا فيه احتمال ظاهر : يجوز أن يقال : له أن يفعل هذا بأن لا ينوي صومَ غده ، فأما إذا خاض في صوم يوم ، فبيعد أن يتسلط على إبطاله ، فأما ترك الصوم في بقية الشهرين ، فليس اعتراضاً منه على عبادة بالإفساد .

ويتجه أن يقال : ليس له ترك الوفاء بالتتابع ؛ فإن ما قدمه يخرج عن الفرضية ^(٣) ، فيكون معترضاً على فرض بالرفع ، ويقوى هذا على قولنا ببطلان ^(٤) الصوم تبييناً ^(٥) .

(١) في النسختين : كتجوز . والمثبت تصرف من المحقق . والمعنى ليس قطع التتابع هذا بتجوز الإفطار ، إنما هو من جهة الاعتداد بالتتابع والتقطع .

(٢) القضية التي استفتحها الإمام بهذه الفقرة هي تحريم إبطال الأعمال بعد انعقادها والشروع فيها ، وهل قَطَعَ التتابع ، وترك الاستمرار في أداء الكفارة ، عزمًا على استئنافها في وقت آخر ، هل هذا يدخل في باب إبطال الأعمال فيحرم أم لا ؟ يبني هذا على اعتبار صوم الشهرين عبادة واحدة أم كل يوم عبادة مستقلة ، ونترك بيان ذلك للإمام ؛ فقد عرضها بأبلغ عبارة وأدق ترتيب .

(٣) « ما قدمه يخرج عن الوفاء بالفرضية » : أي يقع وفاء بفرض ، كما يظهر من الجملة بعده .

(٤) القول ببطلان الصوم الذي سبق - إذا قطع التتابع - تبييناً ، هو أحد القولين اللذين ذكرهما الإمام آنفاً في حكم هذا الصوم قبل القطع ؛ هل ينقلب نفلًا أم يبطل تبييناً .

(٥) (ت ٢) : يقيناً .

ويجوز أن يجاب عنه بأن قطع التتابع لا يفسد الفرضية ، بل إذا انقطع التتابع ، تبين أن الذي مضى لم يكن فرضاً ، وليس يقطع عبادة شرع فيها ؛ فإن القطع^(١) إفساد لها بعد القطع^(٢) بالانعقاد .

ويجوز أن يقال : ما مضى وقع حقاً عن الكفارة ، ثم بطل وقوعها عن الكفارة ؛ فإن الذي ينوي الصوم عن الكفارة جازم نيته ، غير أن ارتباط التتابع لا بد من رعايته ، فإذا قطعه ، بطل ما تقدم عن جهة الكفارة بطلان الصلاة بعد انعقادها .

فإذا رأينا جواز ترك الصيام ؛ عزمًا على افتتاح الشهرين من بعد ، فلا كلام ، وإن لم نجوز ، وقلنا : المرض لا يقطع التتابع ، فيجوز الإفطار بسببه^(٣) ، وإن قلنا : المرض يقطع التتابع ، فيجوز الفطر أيضاً بسببه ، كما يجوز الفطر في رمضان^(٤) على التزام القضاء من بعد ، وكذلك يجوز الفطر بعذر السفر على التزام الاستئناف من بعد . وهذه الأمور على وضوحها لا يضر التنبيه لها .

٩٥٩٩- ومما يليق^(٥) بتمام القول في هذا أنا قدمنا أن من نسي النية ليلاً ، وأصبح غير صائم ، فهذا يقطع التتابع ، ولا يبعد عن القياس إلحاق هذا بالمعاذير ، وإن كان ترك الأمور به لا ينتهض عذراً ، وإنما النسيان عذر في مظان النهي ، ولكن إذا كان السفر عذراً على رأي حتى لا ينقطع التتابع بالفطر فيه ، فقد يقرب بعض القرب ي ١٧٢ ما ذكرناه ، [والأظهر ما قطع به الأصحاب]^(٦) ؛ فإن النسيان لا يقام/ عذراً في ترك

(١) (٢) : التتابع .

(٢) القطع هنا ليس بنفس المعنى في الجملة السابقة ، وإنما القطع هنا بمعنى التيقن ، لا بمعنى إبطال العبادة والانصراف عنها ، فالمعنى : أن إبطال العبادة وإفسادها هو (قطعها) بعد التيقن من انعقادها ، وليس من ذلك قطع التتابع .

(٣) يجوز الفطر بسببه ، أي ويستمر التتابع .

(٤) يجوز الفطر بسبب المرض وينقطع التتابع ، وأثر الحكم بجواز الفطر أنه لا يأنم إثم من أبطل العبادة بقطع التتابع ، فقد قطعه بما جوزناه له .

(٥) (٢) : ومما يتبين .

(٦) تصرفنا في هذه الجملة بين المعقفين ، وأخذناها من عبارة العز بن عبد السلام ، حيث جاء في الأصل وفي (٢) معاً كلمة غير مقروءة استحالة معها إقامة الجملة ، ففي النسختين :

المأمورات . ويشهد لهذا أن من نسي النية في رمضان وأصبح فيلزمه الإمساك على الرأي الأصح ، وإن كان الإمساك في حكم التغليظ على من يترك صوماً مستحقاً في رمضان ، فألحقنا الناسي بالذي يعتمد إفطاراً من غير عذر .

٩٦٠٠- ومن تمام القول في التتابع اختلاف الأصحاب في أن نية التتابع هل تشترط أم لا ؟ فمنهم من قال : لا تجب نية التتابع ؛ فإنه هيئة^(١) العبادة ، ومن نوى العبادة ، لم يلزمه التعرض لبيانها في نيتها .

ومن أصحابنا من أوجب نية التتابع ، كما يوجب نية الجمع بين الصلوات ، وهذا بعيد ؛ فإن الأصل إقامة الصلوات في مواقيتها ، ورخصة الجمع تخالف هذا الوضع ، فاشتراط الأكثرون من الأصحاب قصداً^(٢) إلى ذلك .

ثم إن شرطنا نية التتابع ، فهل يجب الإتيان بها كل ليلة ، أو يكفي الإتيان بها في الليلة الأولى ؟ فعلى وجهين ذكرهما العراقيون . والمسألة محتملة إن صح اشتراط نية التتابع ، والخلاف في ذلك عندنا يقرب من الخلاف في اشتراط نية التمتع من حيث إن النسكين مجموعان على وجه مخصوص .

٩٦٠١- ثم قال : « وإذا صام بالأهلة . . . إلى آخره »^(٣) .

إذا ابتدأ الصوم في أول الهلال ، صام شهرين بالأهلة ، ووقع الاعتداد بما جاء به سواء نقص الشهران أو كمالا ، أو نقص أحدهما ، وكمل الثاني .

وإن استفتح الصوم في أثناء شهر ، صام بقية ذلك الشهر ، وصام الشهر الذي يليه بالهلال ، ثم استكمل صوم الشهر الأول ثلاثين يوماً ، ولا فرق بين أن ينقص ذلك الشهر - أو يكمل - وقد ذكرنا هذا في مواضع^(٤) .

= « والأظهر ما يقطع به الأخذ ، فإن النسيان لا يقام عذراً . . . » هكذا (الأخذ) بكل وضوح . وهي في (ت ٢) ما (قطع) بدل (يقطع) ، فهل هو تصحيف اتفقت عليه النسختان ، أم هو سقط ، أم هما معاً ؟ ؟ الله أعلم .

(١) (ت ٢) : فإن هذه العبادة .

(٢) قصداً : مفعول لقوله : اشتراط الأصحاب .

(٣) ر . المختصر : ١٣٤ / ٤ .

(٤) منها السلم وتعليق الطلاق .

وقال أبو حنيفة^(١) : إذا انكسر الشهر الأول ، بطل اعتبار الأهلة بالكلية ، واعتلّ بأن قال : لو كملنا نقص الشهر الأول بأيام من الشهر الثالث ، لكان ذلك مناقضاً لقاعدة التابع ، ولأدّى إلى تخلل الشهر بين كسر الشهر الأول وتكملته في الشهر الثالث .
وهذا لا بأس به ، وقد مال إليه بعض الأصحاب ، وقد سبق منا رمزٌ إليه في تعليق الطلاق بمضي الأشهر ، والمذهب ما قدمناه ، وهو النص ، ولا اعتداد بما سواه .

٩٦٠٢- ثم قال : « ولو نوى صوم يوم فأغمي عليه . . . إلى آخره »^(٢) .

أشار إلى الإغماء وحكمه ، وقد سبق على أبلغ وجه في البيان في كتاب الصوم ، والذي يتعلق بهذا الكتاب أنه إذا حصل الفطر بعذر الإغماء ، فهو كحصوله بسائر أنواع المعاذير ، وفي انقطاع التابع قولان ، كما قدمناه .

فَصْلٌ فِي كُفَرَاتِ الصَّوْمِ

قال : « وإنما حكمه في الكفارات حين يكفر . . . إلى آخره »^(٣) .

٩٦٠٣- اختلف قول الشافعي في الحالة المعتبرة في صفة الكفارة المرتبة ، فقال في قول : الاعتبار بحالة الوجوب ، فإن كان موسراً ، كانت كفارته كفارة الموسرين ، وإن أعسر من بعد ، لم يجزه الصوم ، وصار العتق ديناً في ذمته إلى أن يجد وفاءً به .
والقول الثاني - أن الاعتبار بحالة الأداء والإقدام على التكفير ، فلو كان موسراً حالة ش ١٧٢ الوجوب/ فأعسر ، وأراد التكفير ، فله أن يصوم ؛ نظراً إلى حالة الأداء .

وفي المسألة قول ثالث أنا نراعي أغلظ الطرفين وأشدّهما ، فإن كان موسراً يوم الوجوب ، ففرضه الإعتاق ، وإن كان مُعسراً يوم الوجوب ، وكان موسراً حالة الهم بالأداء ، لم يُجْزَهِ إِلَّا الْإِعْتَاقَ .

توجيه الأقوال : من قال : الاعتبار بحالة الوجوب ، قال : نوع تكفير يختلف

(١) ر . المبسوط : ١٤/٧ .

(٢) ر . المختصر : ١٣٤/٤ .

(٣) ر . المختصر : ١٣٥/٤ .

بالرق والحرية ، فالاعتبار فيه بحالة الوجوب كالحدود ، والمعنى أنه إذا ثبت موجب الكفارة ، وجب القضاء بوجوب الكفارة ، فإن الموجب لا يستأخر عن الموجب ، وإذا قضينا بوجوب العتق ، استحال الخروج عن الكفارة إلا به .

ومن قال بالقول الثاني احتج بأن الاعتبار في العبادات بوقت أدائها ، قياساً على الصلاة ؛ فإن من فاتته صلاة في حالة عجزه عن القيام ، ثم أراد إقامتها في وقت القدرة ، فإنه يقيمها قائماً ، ولو كان الأمر على العكس ، أقام الصلاة عاجزاً قاعداً ، وإن كان التزامها قادراً على القيام .

قال القاضي : القولان مأخوذان من أن الم أغلب في الكفارة العبادة أو جهة العقوبة : فإن غلبنا جهة العبادة ، شبهناها بالصلاة ، فافتضى ذلك اعتبار حالة الأداء ، وإن غلبنا شبهة العقوبات ، اعتبرنا حالة الوجوب . وهذا فيه نظر مع إيجابنا الكفارة على من لا نُؤثِّمُه ، وقَطَعْنَا بانقطاع العقوبة عمن هو في مثل حاله .

واعتبارُ الأغلظ والأشد ينزع إلى رعاية الاحتياط .

التفريع على الأقوال :

٩٦٠٤- إن قلنا : الاعتبار بحالة الوجوب ، فلو كان معسراً في تلك الحالة ، كفاه الصوم ، ولو أيسر وأراد أن يعتق ، فالذي ذهب إليه الأصحاب أن له أن يعتق ؛ فإن العتق هو الأصل ، وهو في الرتبة العليا ، والصوم دونه ، فإن كان يُجزىء الأدنى فلأن يُجزىء الأعلى أولى . وذكر صاحب التقريب في ذلك وجهين : أحدهما - ما ذكرناه ، وهو الرأي .

والثاني - لا يجزئه إلا الصوم ؛ فإنه تعيّن في ذمته ، وهذا وإن كان بعيداً في الحكاية ، فإنه [يقوى بالمعنى]^(١) الذي أشرت إليه في صدر الباب ، من أن المبدل والأبدال ليست متفاوتة في الرتب ، وإنما قُدِّمَ بعضها وأُخِّرَ وفقاً لعبداً ، فإذا وقع الحكم بالوجوب ، فلا [معدل]^(٢) عن الواجب .

(١) في النسختين : يقوّي المعنى . والمثبت من المحقق رعاية للمعنى المفهوم من السياق .

(٢) في الأصل : معوّل .

ومعظم الأئمة قطعوا بإجزاء الإعتاق ، وحكوا الوجهين فيه إذا كان ملتزماً الكفارة عبداً ، وكان الواجب عليه الصوم ؛ تفريعاً على أنه لا يملك ، فلو عتق وملك ، فأراد أن يعتق ، فهل يُجزئه العتق ؟ فعلى وجهين : أحدهما - يُجزئه ؛ فإن البدل إذا أجزأ ، فالمبدل بالإجزاء أولى .

والثاني - لا يُجزئه ؛ فإنه التزم الصوم في وقت لا يتأتى منه غيره ، فكأنه لم يكن ي ١٧٣ الصوم في حقه على حقائق الأبدال ؛ فإذا تعين الصوم ، فلا/ معدل عنه .

وذكر صاحب التقريب في الحرّ المعسر الوجهين ، وهذا بعيد ، والفرق أن العتق يتصور وقوعه من المعسر على الجملة ، بخلاف العبد .

وإذا فرعنا على أن الاعتبار بحالة الأداء ، فليس يخفى تفصيله : فمهما^(١) أقدم على التكفير ، اعتبرت صفة حالة الأداء .

ومن راعى الأشد ، فمعناه أنه إن كان موسراً وقت الوجوب ، فلا يُجزئه إلا الإعتاق ، ولو فقد يساره صَبَرَ إلى الوجدان ، وإن كان مُعسراً حالة الوجوب ثم أيسر ، فأراد الصوم نظراً إلى حالة الوجوب ، لم يكن له ذلك .
هذا بيان الأقوال .

٩٦٠٥- وقد قال الأصحاب : لو شرع في صوم الشهرين ثم أيسر ، وقلنا : الاعتبار بحالة الأداء ، فلا يقطع صوم الشهرين بعد الخوض فيه ، وإنما يعتبر الأداء إذا أيسر قبل الخوض في الصوم ، هذا ما وجدته للأصحاب رضي الله عنهم .

وما يدور في الحَلَدِ من المسألة أنا إذا اعتبرنا الأشد^(٢) والأغلظ ، فتعتبر الطرفين في الشدة ، فلو كان معسراً حالة الوجوب ، وكان معسراً حالة الأداء أيضاً ، ولكن تخلل بينهما حالة يسار ، فلم أر أحداً من الأصحاب يعتبر تلك الحالة المتوسطة ، وقد يظن الناظر ذلك محتملاً ، ولكن المذهب على خلافه .

والسبب فيه أن الوجوب على الحقيقة يضاف إلى وقت وجوب الكفارة ، ثم وقت

(١) فمهما : بمعنى : فإذا .

(٢) (ت ٢) : إذا اعتبرنا بلا شك بالأشد والأغلظ . . .

الأداء منتظر ، فلا يتبدل الوجوب من غير تقدير أداء ؛ فإن اليسار لا يوجب شيئاً ، بل إذا أدى الموسر ، فينبغي أن يؤدي ما يليق بحاله .

هكذا بيان الأقوال والتفريع عليها .

٩٦٠٦- وذهب أبو حنيفة^(١) والمزني إلى أنه لا حكم للشروع في الصوم ؛ [فلو]^(٢) شرع فيه ثم أسير ، وقلنا : الاعتبار بحالة الوجوب ، لزمه أن ينتقل إلى الإعتاق ، وهذا طرده المزني^(٣) على أصله في وجود الماء في خلال الصلاة ، حيث قطع بانقطاع التيمم وبطلان الصلاة ، ونزل وجدان الماء في الصلاة منزلة وجدانه قبل الشروع في الصلاة .

وقد سمعت شيخي غير مرة يحكي عن بعض الأصحاب موافقة المزني في مذهبه .

وهذا^(٤) له اتجاه ، وإن كان بعيداً في الحكاية .

ومما يجب التنبه له أنا إذا قلنا : الاعتبار بحالة الأداء ، فالتعبير عن الواجب قبل اتفاق الأداء قد يغمض ؛ فإنا لو قلنا : الواجب ما يقتضيه الحالة التي عنها نُعبّر^(٥) أو حالة الوجوب . فتبديل الواجب بعيد . وإن قلنا : لا تجب الكفارة^(٦) ، كان خرقاً للإجماع .

وفي نقل مذاهب العلماء في هذه المسألة ما يدل على خلاف هذا ؛ فإنهم قالوا : اختلفت المذاهب في أن الاعتبار بحالة الوجوب^(٧) أم بحالة الأداء ، فأثبتوا حالة الوجوب ، فلا يتجه إذاً إلا مسلكان : أحدهما - أن نقول : تجب الكفارة ولا يتعين صنفها ، وإنما تتعين حالة الأداء ، ولا يمتنع هذا النوع من الإبهام ، وهو بمثابة

(١) ر . مختصر الطحاوي : ٢١٣ ، المبسوط : ١٢/٧ .

(٢) في النسختين : ولو .

(٣) ر . المختصر : ١٣٦/٤ .

(٤) (ت ٢) : لا اتجاه له .

(٥) في (ت ٢) : « تغيّر » .

(٦) أي لا تستقر في الذمة إلا عند الأداء .

(٧) (ت ٢) : في أن الاعتبار بحالة الوجوب فلا يتجه إذاً إلا مسلكان .

إيجابنا كفارة اليمين على الموسر ، مع أنا لا نعيّن خصلة من الخصال الثلاث ، فإذا اتفق أداء بعضها فالمؤدّي هو الواجب . هذا مسلك .

ش ١٧٣ ويجوز/ أن يقال : يجب ما يليق بحالة الوجوب ، ثم إذا تبدل الحال ، تبدل الواجب ، وهذا ليس بدعاً ، كالصلاة تجب على القادر^(١) ، ثم يعجز ، فتتبدل صفة الصلاة .

* * *

باب الكفارة بالطعام

٩٦٠٧- نصدر هذا الباب بالسبب الذي يجوز الانتقال من الصيام إلى الإطعام ، كما صدرنا باب الصيام بمعنى العجز عن الإعتاق ، فإن عجز من فرضه الصيام لهَرَمٍ أو مرض يجوز الإفطار بمثله في رمضان ، فله الانتقال إلى الإطعام .

ومن أسرار ذلك أنا لا نشترط أن يكون المرض لازماً ، بحيث يبعد عن الظن زواله ؛ بناء على أن الكفارة تقبل التأخير ، وقد يتأكد هذا السؤال بشيء ، وهو أن من ماله غائب لا ينتقل إلى الصيام لعجزه عن العتق في الحال ، وهذا فيه بعض الإعواص^(١) ؛ فإن الفرق بينهما متعذر ، والمرض مرجو الزوال ، وحضور المال والانتهاه إلى المال ليس بعيداً عن الرجاء ، والكفارة ليست على التضييق .

ولعل الممكن فيه التعلُّق بالظاهر ، وهو المعتمد ، وإليه الرجوع ، قال الله تعالى في الانتقال إلى الإطعام : ﴿ فَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ فِطْعَامَ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ [المجادلة : ٤] ، وهذا المرض الناجز والعجز العاجل غير مستطيع ، وقال تعالى في الرقبة : ﴿ فَمَنْ لَّمْ يَجِدْ ﴾ [المجادلة : ٤] والمراد : « فمن يجد رقبة أو مالاً يشتري به رقبة » ، ومن ماله غائب لا يسمى فاقداً للمال .

ويجوز أن يقال : إحضار المال والمصيرُ إليه متعلق بالاختيار ، والاختيارُ في [مقدمات]^(٢) الشيء والتسبُّب إليه كالاختيار في عينه ، والمرض خارج عن الاختيار ، والأولى اعتماد الظاهر ، كما ذكرته .

٩٦٠٨- وقال الأصحاب : إذا سافر من عليه الكفارة وأراد الإطعام في سفره بسبب

(١) الإعواص : يقال : أعوص فلان في الكلام أتى بالعويص منه ، أي بالغامض الذي يصعب فهمه (المعجم) .

(٢) في الأصل : المقدمات .

أن السفر الذي هو ملابسه مما يجوز ترك صوم رمضان به إلى القضاء ، فقد صار طوائف من أصحابنا إلى جواز ذلك ، وتشبيه السفر بالمرض ، وهو الذي ذكره القاضي ، ولم ينقل غيره ، وطرده ما ذكرناه من أن كل ما يجوز الإفطار به في رمضان يجوز الانتقال به إلى الإطعام .

وهذا فيه إشكال ؛ فإن المسافر قادرٌ على الصيام ، والفطرُ المَثْبُتُ رخصةٌ في حقه غيرُ منوطة بالعجز ، والفطرُ بالمرض منوطٌ بالحاجة الحاقة ، فلا يقع الاكتفاء باسم المرض ، واسمُ السفر الطويل كافٍ - إذا لم يكن سفرَ معصية - في الترخُّص بالرخص . والانتقالُ إلى الإطعام منوط بعدم الاستطاعة في نص القرآن ، فلا وجه لهذا .

والذي يدور في الخلد أن المرض الذي أطلقه الأصحاب ليس على ما أطلقوه ؛ فإن الإنسان قد يطرأ عليه عارض يعلم أنه لا يدوم يوماً أو يومين ، فيجوز الإفطار بمثله ، ولا يجوز عندي الانتقال بمثله إلى الإطعام ، ولو كان المرض بحيث يتوقع دوامه واستمراره لشهرين ، فهذا هو الذي يجوز الانتقال بسببه ، ثم الظنُّ يكتفى به .

ولو أطعم ، ثم اتفق زوال المرض ، وتعجل الشفاء على القرب ، فالإطعام مجزئ ي ١٧٤ والقضاء به/ غير ممتنع ، وهذا لا بد منه .

٩٦٠٩- ومما يتعلق بهذا أن الصيدلاني رحمه الله نقل عن الشيخ القفال أنه قال : قال بعض أصحابنا : الشبق المفرط والغُلمة الهائجة عذرٌ في الانتقال إلى الإطعام ، وكان يستشهد بحديث الأعرابي : إذ قال في القصة المشهورة وهل أُتيت إلا من جهة الصوم ، فقال صلى الله عليه وسلم : « أطعم » .

[سَبَبٌ^(١)] الأعرابي بما ذكرناه ، فقدّره رسول الله صلى الله عليه وسلم عذراً ، ونقله إلى الإطعام^(٢) .

(١) في الأصل : شبهه . والمثبت من (٢) .
والمعنى جعل الأعرابي الشبق والغُلمة سبباً في الاعتذار عن إجابة الرسول صلى الله عليه وسلم عندما قال له : « صم شهرين » فقد ذلك صلى الله عليه وسلم عذراً ، ونقله إلى الإطعام .
(٢) مضى تخريج هذا الحديث في كتاب الصيام .

وذكر القاضي هذا الوجه ، ولم يذكر غيره ، وذكر صاحب التقریب وجهين :
أصحهما - أن الغُلمة لا تكون عذراً ؛ فإن الليالي متخللة ، وفيها مقنع ومندوحة ،
وقصة الأعرابي مشكلة من وجوه ، تعرضنا لها في كتاب الصيام .

وقد أجمع الأصحاب على أن فرط الشَّبَق لا يرخص في الفطر في رمضان ، وإنما
هذا التردد في الانتقال إلى الإطعام ، ولعل من قال ذلك اعتلّ بطول مدة الامتناع نهائياً
عنها ، وهذا ينقضه طول مدة رمضان ، وما أوضحناه من تخلل الليالي يُبطل هذا
الخيال .

وقد انتجز القول في العجز المعتبر للانتقال من الصيام إلى الإطعام .

فَصْنَانُ

قال : « ولا يُجزئه أقلُّ من ستين مسكيناً ، كل مسكين مدّاً . . . إلى آخره »^(١) .

٩٦١٠- القول في ذلك يتعلق بالمخرج والمخرج إليه ، فأما المخرج ، فالكلام في
مقداره وجنسه ، أما المقدار ، فستون مدّاً ، وأما الجنس ، فالقول فيه كالقول في
صدقة الفطر .

أما المخرج إليه ، فالكلام في عددهم ، و صفتهم ، فأما العدد ، فليكونوا ستين ،
ولا ينقص حصّة كل واحد عن مدٍّ ، فلو صرف أمداداً إلى مسكين في أيام ؛ صائراً إلى
إقامة سدِّ الجوعات في الشخص الواحد مقام أعداد المساكين ، لم يجز ، خلافاً لأبي
حنيفة^(٢) .

وأما صفتهم فليكونوا مساكين ، بحيث يجوز للمكفر صرفُ الزكاة إليهم ،
ولا يجزىء التغذية والتعشية ؛ إذ لا تملك فيها ، والتمليك مرعي عندنا في إخراج
الكفارة ، كما نراه في إخراج الزكاة . ولو أحضر الطعام ، وقد شهد ستون مسكيناً
فقال : خذوه ، فأخذوه وجهلنا مقداراً ما أخذه كل واحد منهم ، واستبهم الأمر ، فلا

(١) ر . المختصر : ١٣٨/٤ .

(٢) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٤٩٨/٢ مسألة : ١٠٤٢ ، المبسوط : ١٧/٧ .

نحكم إلا بإجزاء مُدٍّ واحدٍ ، فإن واحداً منهم لا بد وأن يكون أخذ مدّاً أو أكثر ، فهذا القدر مستيقنٌ ، فيحصل براءة الذمة عن هذا المقدار . وهذا يبين .

فروع شذت عن الأصول نأتي بها مجموعة إن شاء الله .

٩٦١١- إذا قال لامرأته : إن دخلت الدار ، فأنت عليّ كظهر أمي ، فالظهار مما يصح تعليقه كالطلاق ، فلو أعتق عبداً عن كفارته قبل أن تدخل الدار ، فقد قال ابنُ الحداد^(١) : تقع الكفارة موقعها ، وبنى هذا على أن تعليق الظهار أحد سببي الكفارة ، وتقديم الكفارة على أحد سببها جائز .

وقد خالفه معظم الأصحاب ، فقالوا : هذا تقديمٌ للكفارة على سببها جميعاً ؛ ش ١٧٤ فإن كفارة الظهار لها سببان : أحدهما - الظهار ، والثاني / - العودُ ، ولا يحصل الظهار قبل دخول الدار .

ونظير المسألة التي ذكرناها ما لو قال : إن دخلت الدار ، فوالله لا أضربك ، ثم قدّم التكفير على دخول الدار ، لم يُجزه .

ووافقه بعضُ الأصحاب ، وجعلوا تعليق الظهار بمثابة الظهار ، وهذا بعيد ، ثم هؤلاء لا يسلمون المسألة التي وقع الاستشهادُ بها في اليمين ، فلو قال لامرأته : إن دخلت الدار ، فأنت عليّ كظهر أمي ، ثم قال : إن دخلت الدار فعبدي حر عن ظهاري ، فلا يخفىُ تفريع المسألة على رأي ابن الحداد ، والعقود ينصرف لا شك فيه إلى الظهار على طريقته ، فإنه إذا جَوَزَ تنجيز العقد قبل الدخول ، فما ذكرناه أولى بالجواز .

ومن خالفه من أصحابنا منع هذا أيضاً ؛ لأن تقديم [العقود]^(٢) قبل الظهار ممتنع ، وهكذا جرى الأمر .

(١) (ت ٢) : القفال . وهو سبق قلم ، والمثبت من صفوة المذهب مع الأصل طبعاً ، وهو الذي يتفق مع تفصيل المسألة الآتي .

(٢) في النسختين : التعليق ، والمثبت من عمل المحقق .

ولو قال : عبدي هذا حر عن ظهاري إذا تظاهرت ، لم يقع العتق عن ظهاره ، وقد مهدنا هذا فيما تقدم من المسائل .

فَرَجَّعُ : ٩٦١٢- إذا قال الرجل لامرأته : أنت علي كظهر أمي ، ثم جن عقيب اللفظ ، أو مات ، فالذي أطلقه الأصحاب أنه لا يكون عائداً ؛ فإنه لم يمسكها مع التمكن من الطلاق ، تاركاً الطلاق .

ولو جن عقيب الظهار ، كما صورناه ، فأفاق ، قال الشيخ : سمعت بعض الأصحاب يقول : نفسُ الإفاقة هل تكون عوداً ؟ فعلى وجهين كالوجهين في أن الرجعة هل تكون عوداً ، حكى هذا وزيفه ، والعجب منه كيف يحكي مثل هذا .

ولو قال لامرأته : إن لم أتزوج عليك ، فأنت علي كظهر أمي ، فلا يثبت الظهار ما لم يتحقق اليأس من التزوج ، فلو مات ، فقد حصل الظهار قبل موته بلحظة ، هكذا قال ابن الحداد وهو سديد ، لا شك فيه ، ثم قال بعده : وهو عائد يلزمه الكفارة ، فإنه ظاهر ولم يطلق .

وقد غلطه كافة^(١) الأصحاب ، فقالوا : أما الظهار ، فقد ثبت ولم يثبت العود ، فإنه عقيب الظهار مات ، فإن كان يقول ابن الحداد من مات عقيب الظهار ، فهو عائد ، فقد خالف ما عليه الأصحاب ، والموت لا ينحط عن الطلاق ، والنكاح ينتهي به ، وإن قال : هو لم يطلق ، لم يقبل منه هذا وقد ارتفع النكاح .

هذا منتهى ما أردناه ، والله المستعان .

* * *

قائمة ببعض الألفاظ التي تعذر قراءتها

أملا أن ينكشف وجهها لبعض الباحثين

ثم ادعى انه كان لا غنى فكذا يقال ذلك منه ظاهر ان كان مقبولا باطلا لو كان صادقا
فصورا لا محالة في اللغو على يقيم فقالوا اذا كان اسم وجهه طاهرة فقال طالته وذكر ان
هذا سب إلى سائفة وانقلب لسانه في بعض حروف اسمها فقرينة الحال قد صدقته فقال

صفحة ١٥٩ الحاشية (١)

مع الجمل على نصي طلتين في رتبة التناوب واللفظ مردد بينهما فكان لا ظهور المطلق عنه
تحوط الا قد بينا في غير هذا اننا لا اللفظ الخلقية وعدم احتياجه معرفة
الا قد روي قال استطلق نصي طلتين فاللفظ محمول على طلتين كيف روي قد روي قال

صفحة ١٩١ الحاشية (٣)

مع الجمل على نصي طلتين في رتبة التناوب واللفظ مردد بينهما فكان لا ظهور المطلق عنه
تحوط الا قد بينا في غير هذا اننا لا اللفظ الخلقية وعدم احتياجه معرفة
الا قد روي قال استطلق نصي طلتين فاللفظ محمول على طلتين كيف روي قد روي قال

صفحة ٢١١ الحاشية (١)

مع الجمل على نصي طلتين في رتبة التناوب واللفظ مردد بينهما فكان لا ظهور المطلق عنه
تحوط الا قد بينا في غير هذا اننا لا اللفظ الخلقية وعدم احتياجه معرفة
الا قد روي قال استطلق نصي طلتين فاللفظ محمول على طلتين كيف روي قد روي قال

صفحة ٢٢٢ الحاشية (٥)

منه ولكنه جمع مستعمل عريضة وأدعى الإجماع فيها فلم يسلم له دعوى واحدة منها وخالفه
الامتحاب في جميعها فكذلك حتى ذكرنا في هذا المسألة وكان ينبغي تعزيز الأستاذ
أنه استحوذ دليلاً عليه ذلك أدلة وجهاً فان الطلاق يتبع مع تمام اللفظ فانتها

صفحة ٢٢٨ الحاشية (٣)

أخذاً من التقيد والتكرار في الشرع فالفاظ الملقين لا نهاية لها وليس للصفات التي يذكرها ضيق
في بيان الكلام على ظواهره تنزيهاً على ما يفهم وإنما يثبت الظاهر من الكلام المتروك في بيان

صفحة ٣٢٠ الحاشية (٤)

رجوعاً مع الأول فبتبع طلقاً من رجعتان فعلى وجهين أحدهما لا يتبع فان المال لم يلزم
وهو بارز المال والثاني أنه يتبع فان الرجوع في وقوع الطلاق المقبول فقد جرت فأنه فالقول
أمرنا بالرجوع هذا كله إذا كانت البراءة مكرحوك بها فان كانت غير مكرحوك بها

صفحة ٣٢٨ الحاشية (١)

النكاح لا أصل له في العلم أيضاً فالطلاق ثم كثر في العبد ما هنا غير الطلاق قول
شروط انفاله بالاستدعاء لفضاهي القول ولبيته ثم فسر الزوج إذا ادعى الخلع
أمراته بالعدو فأنكرته فأنام شاهداً وحلف بغيره أو شاهداً وأمراته

صفحة ٣٣٢ الحاشية (١)

مُحْتَوَى الْكِتَابِ

المحتوى	الصفحة
كتاب الطلاق	٥
الأصل فيه	٥
أصله في اللسان	٥
صدّر الشافعي الكتاب بقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾	٥
تفصيل القول في الطلاق السني والطلاق البدعي	٦
يحرم - إجماعاً - على الرجل أن يطلق زوجته المدخول بها في زمان الحيض من غير عوض ، ولا رضاً من جهتها ، وكذا إذا طلقها في طهر جامعها فيه	٦
معتمد الإجماع حديث طلاق ابن عمر زوجته ، وله روايتان	٦
تمهيد القاعدة في السنة والبدعة	٧
القول في تحريم الطلاق في الحيض	٧
لو خالعهما ، فلا حظر ولا تحريم	٧
ولو طلقها برضاها من غير عوض فوجهان	٧
مستند المذهب في تحريم الطلاق في الحيض	٧
ومعتمد المذهب في نفي التعصية في المخالعة	٨
اتفق حملة الشريعة على أن الطلاق في الحيض - وإن كان محرماً - نافذ	٨
القول في المنع من الطلاق في الطهر الذي وقع الوقاع فيه ، والطلاق عري عن البدل	٨
القول في الخلع	٨
ضبط المذهب في السنة والبدعة نفيًا وإثباتاً	٩

- ٩ اللواتي لا يلحقهن سنة ولا بدعة
- ١٠ اللواتي يلحقهن سنة وبدعة
- ١٠ خلاصة القول في تعريف الطلاق البدعي، والطلاق السني
- لو أتاها في غير المأتم، فهل يثير هذا الوطء بدعة؟ وكذا لو استدخلت ماء
- ١٠ الزوج فهل هو في إثارة البدعة كالجماع؟
- ١١ فصل: قال الشافعي: «وأحب أنه يطلقها واحدة ليكون له الرجعة»
- ١١ إيقاع الطلاق في الأصل مكروه من غير حاجة، والدليل عليه
- الفقهاء قد يتساهلون في إطلاق الكراهية، وأرباب الأصول لا يطلقون هذا
- ١١ اللفظ إلا على ثبت
- ١٢ توجيه الإمام لإطلاق الكراهية على الطلاق
- مذهب الشافعي أن الجمع بين الطلقتين والثلاث لا سنة فيه ولا بدعة، خلافاً
- ١٢ لأبي حنيفة
- ١٢ قال الشيخ أبو علي: جمع الطلقات لا معصية فيه، لكن هل يقال: السنة تفريقها؟
- ١٣ قال الشافعي: لو طلقها طاهراً بعد جماع، أحببت أن يرتجعها
- ١٣ مراد الشافعي من هذا القول
- ١٣ هل الرجعة واجبة أم مستحبة؟
- ١٤ الكلام على الروايتين من حديث طلاق ابن عمر زوجته
- تفصيل القول في استحباب الرجعة والإمساك بعدها، وما يتعلق به من خلاف
- ١٥ ووافق
- ١٧ فرع: الحكم لو قال: أنت طالق مع آخر جزء من حيضك
- ١٨ ولو قال: أنت طالق مع آخر جزء من طهرك
- ١٨ فصل: متعلق بمقتضى الألفاظ في الطلاق
- ١٨ الطلاق يكون منجزاً، ومعلقاً، والكلام في تعليق الطلاق
- ١٨ تعليق الطلاق يكون على صيغة التأقيت، وعلى صيغة الشرط، والفرق بينهما ...

- القول في التعليق بالأوقات : إذا قال : إذا استهل الهلال فأنت طالق فهذا تأقيت
 وليس شرطاً، والإمام يستشهد بقول سيويه، وأئمة اللسان ١٨
- إذا جرى الطلاق معللاً بعلة، فهو منجّز، ثبتت تلك العلة، أو انتفت ١٩
- استعمال اللام في الأوقات محمول على التأقيت، وبيان ذلك ١٩
- الضبط في استعمال اللام في السنة والبدعة وما في معناه: ٢٠
- حكم إضافة الطلاق إلى السنة أو البدعة تنجيلاً وتعليقاً: لو قال أنت طالق
 للسنة، أو أنت طالق للبدعة ٢٠
- الحكم لو قال : أنت طالق لرضا فلان، وزعم أنه أراد بما قال التعليق ٢٢
- والحكم لو زعم أنه أراد التأقيت ٢٢
- لو قال : أنت طالق لقدوم فلان. قال الصيدلاني: يحمل على التأقيت ويبعد
 التعليق به، خلافاً للرضا ٢٢
- ضابط من الإمام : اللام مع الوقت تأقيت، ومع الرضا تعليق في الإطلاق ٢٢
- ما يتكرر بتكرر الزمان - كالسنة والبدعة - فمطلق اللام فيه للتأقيت ٢٣
- وما لا يتكرر - كقدوم زيد - فمطلق اللام للتأقيت على ما قطع به الصيدلاني ٢٣
- لو قال : أنت طالق لدخول الدار، فالظاهر أن مطلق اللام للتعليق ٢٣
- عود إلى تفصيل القول في الطلاق السني، والبدعي في حق التي يتصور في
 حقها السنة والبدعة ٢٤
- فصل: في تعليق الطلقات بالأقراء ٢٧
- ليس في جمع الطلقات وتفريقها سنة ولا بدعة، فعلى موجب ذلك ما الحكم لو
 قال : أنت طالق ثلاثاً للسنة وكانت في زمان السنة ٢٧
- وما الحكم لو قال : أنت طالق ثلاثاً للبدعة وكانت في زمان البدعة ٢٧
- لو قال : أنت طالق ثلاثاً في كل قرء طلقة. الحكم إن لم تكن مدخولاً بها ٢٨
- الحكم إن كانت مدخولاً بها، وكانت حائلاً ٢٨
- الحكم إن كانت حاملاً ٢٩
- الحكم لو قال لامرأته - ولم تحض قط : أنت طالق ثلاثاً في كل قرء واحدة ٣١

- استفتاح القول في مسألة متصلة بقاعدة التدينين : لو قال أنت طالق ثلاثاً للسنة،
 ثم زعم أنه أراد التفريق على الأقراء، لم يقبل ظاهراً ولكن هل يدين باطناً؟ ... ٣٢
- بيان أصول قاعدة التدينين ٣٣
- فصل : لو قال لامرأته : أنت طالق ثلاثاً بعضهن للسنة، وبعضهن للبدعة ٣٦
- لا بد من مراجعته في تفسيره للبعض ٣٦
- لو طلق وزعم أنه ما نوى شيئاً بهذا اللفظ، نص الشافعي أنه يقع في الحال
 ثنتان، ومذهب المزني أنه لا يقع إلا واحدة ٣٧
- التوجيه ٣٧
- فصل : ولو قال : أنت طالق أعدل أو أحسن الطلاق ٤٠
- ولو قال : أنت طالق أقبح الطلاق وأسمجه أو أفضحه ٤١
- ولو قال : أنت طالق طلقاً حسنةً، أو أنت طالق طلقاً قبيحةً ٤٢
- ولو قال : أنت طالق طلقاً حسنةً قبيحة ٤٢
- ولو قال : أنت طالق إذا قدم فلان للسنة ٤٣
- فصل : ولو قال : إن لم تكوني حاملاً فأنت طالق ٤٤
- مضمون الفصل الكلام في مسألتين : المسألة الأولى : تعليق الطلاق بالحمل،
 بأن يقول لامرأته : إن كنت حاملاً فأنت طالق ٤٤
- الكلام في حكم الوطء، والاستبراء ٤٦
- المسألة الثانية : تعليق الطلاق بعدم الحمل، بأن يقول : إن كنت حائلاً فأنت
 طالق ٤٨
- القول في حل الوطء وتحريمه ووجوب الاستبراء ٤٩
- خلاصة ما تحصل من مسلك الأصحاب في المسألتين ٥٠
- وقفة ومباحثة من الإمام ٥١
- فصل : لو قالت : طلقني، فقال : كل امرأة لي طالق، طلقت امرأته التي سألتها،
 إلا أن يكون عزلها بنيتها ٥٣
- صورة المسألة، واختلاف الأصحاب في وقوع الطلاق على السائلة ٥٣

- تنبيه من الإمام لغلط من بعض أئمة المذهب في قراءة لفظة للشافعي، والإمام
 ٥٥ يفرق بين التصحيح، وبين الغلط الذي يوبخ به صاحبه
- ٥٦ مسائل أصولية مستفادة من المسألة السابقة
- ٥٨ **باب ما يقع من الطلاق وما لا يقع**
- ٥٨ هذا الفصل مشتمل على بيان صرائح الطلاق وكناياته
- الصريح من ألفاظ الطلاق: ما يعمل من غير افتقار إلى النية، وهو منحصر عند
 ٥٨ الشافعي في ثلاثة ألفاظ: الطلاق، والفراق، والسراح
- نقل العراقيون قولاً قديماً للشافعي - موافقاً لمذهب أبي حنيفة - أن الصريح لفظ
 ٥٨ الطلاق لا غير، والفراق والسراح ملتحقان بالكنايات
- الألفاظ الصادرة عن الطلاق صرائح، جرت أسماء أو أفعالاً، فلو قال: أنت
 ٥٨ طالق، أو طلقتك، أو أنت مطلقة وقع الطلاق
- الألفاظ الصادرة من الفراق والسراح صرائح إن كانت أفعالاً، وإن كانت أسماء
 ٥٨ فوجهان
- لو قال: أنت الطلاق، فوجهان
- لو قال: أطلقتك، أو أنت مطلقة، باستعمال صيغة الفعل أو الاسم من
 الإطلاق، فهذا لم يتعرض له الأصحاب، والإمام يرى فيه تردداً، والأظهر
 ٥٩ عنده إلحاقه بالكنايات
- معاني هذه الألفاظ بالعجمية هل تلتحق بالصرائح؟
- ٦٠ الكلام في مأخذ الصرائح وتردد الأصحاب فيه، فهل مأخذ الصرائح الشيوع؟
 بحيث لو شاعت لفظة أخرى شيوع الطلاق تلتحق بالصرائح كقول القائل:
 أنت عليّ حرام، أو حلال الله علي حرام
- ٦١ أم مأخذ الصرائح متعلق بالتعبدات والتلقي من لفظ القرآن وتوقيف الشارع؟
- الإمام في نفسه شيء من عدّ الفراق والسراح من الصريح، ويميل إلى تقوية
 ٦٢ القول القديم الموافق لمذهب أبي حنيفة في حصر الصريح في لفظ الطلاق ...
- ٦٢ رأي القفال في لفظ التحريم

٦٣	أصول ضابطة لألفاظ الطلاق وحكمها
٦٤	تفصيل القول في كنيات الطلاق
٦٤	الكنيات تنقسم إلى جلية، وخفية
٦٦	مذهب الشافعي أن الكنيات لا تعمل مع القرائن من غير نية، خلافاً لأبي حنيفة
٦٦	صور لاقتران النية بلفظ الكناية وحكم كل صورة
٦٨	فصل: ولو قال: أنت طالق من وثاق
٦٨	فصل: ولو قال: أنت حرة، يريد الطلاق
٦٨	غرض الفصل أن لفظ الإعتاق كناية في الطلاق، ولفظ الطلاق كناية في الإعتاق
	الحكم لو قال: أنت طالق، وزعم أنه نوى الظهار، أو قال: أنت علي كظهر
٦٩	أمي، وزعم أنه نوى الطلاق
	لو قال لامرأته غير المدخول بها: اعتدي واستبرئي رحمك، وزعم أنه نوى
٦٩	الطلاق، فوجهان
٧٠	فصل: ولو قال: أنت طالق واحدةً بائناً
	مضمون الفصل بيان ما يقطع الرجعة، فمذهبنا أن الرجعة تنقطع بثلاثة أمور:
٧٠	انتفاء العدة، العوض، استيفاء العدد
٧١	وأبو حنيفة ينفي الرجعة بمسلكين
٧١	فصل: القول في قبول دعوى المرأة لو ادعت على الزوج أصل الطلاق فأنكر
٧١	وكذا لو شهد شاهدان حسبةً على الطلاق دون دعوى من المرأة
٧٢	وهل تسمع دعواها لو كانت في عدة الرجعة؟
٧٢	فصل: ولو كتب بطلاقها، فلا يكون طلاقاً إلا أن ينويه
٧٢	القول في إشارة الأخرس في الطلاق
٧٣	القول في كتابة الأخرس بالطلاق
٧٣	القول في كتابة الناطق بالطلاق
٧٥	تفصيل القول فيما يتعلق بالكِتبة من الأحكام سوى الطلاق

أولاً: القول فيما يتعلق بالكتابة في الأحكام التي لا تفتقر إلى القبول،

- كالطلاق، والعقاق، والإبراء، والعفو عن الدم ٧٥
- ثانياً: حكم الكتابة في الأحكام التي تفتقر إلى القبول: ٧٦
- حكم الكتابة في البيع وما في معناه ٧٦
- حكم الكتابة في النكاح ٧٧
- تفصيل القول فيما يكتب عليه ٧٨
- الكلام على صيغ الكتابة ومقتضياتها: ٧٨
- إذا قال: أما بعد فأنت طالق ٧٨
- إذا قال: إذا بلغك كتابي، فأنت طالق ٧٨
- الكلام على ما يطرأ على الكتب من التغيرات: ٧٩
- الحكم إذا انمحي الكتاب، وبقيت رقوم يفهم منها الغرض ٧٩
- الحكم إذا انمحي ودرس ولم يبق ما يفهم منه مضمون الكتاب ٧٩
- الكلام على سقوط بعض الكتاب ووصول بعضه: ٧٩
- أولاً: الحكم إن سقطت أسطر الطلاق من الكتاب ٧٩
- ثانياً: إذا سقطت أسطر من مقاصد الكتاب لكنها غير الطلاق ٨٠
- ثالثاً: إذا سقط محل التصدير، والحمد والصلاة ٨٠
- رابعاً: سقوط البياض من طرفي الكتاب أو حواشيه ٨٠
- عود إلى القول في صيغ الكتابة: إذا قال: إذا قرأت كتابي فأنت طالق ٨١
- فرع: لصاحب التقريب: إذا قال: إذا بلغك نصف كتابي، فأنت طالق، فبلغها ٨١
- الكتاب كله ٨١
- فصل: في تفويض الطلاق إلى الزوجة ٨٢
- أولاً: تفويض الطلاق إلى الزوجة بلفظ صريح (طلق نفسك): حكم هذا التفويض ينبنى على القول في حقيقة التفويض، وفيه قولان أحدهما أنه تمليك - والثاني: أنه توكيل ٨٢
- توجيه القولين ٨٢

٨٣	التفريع عليهما
٨٦	ثانياً: تفويض الطلاق إلى الزوجة بكناية:
٨٦	التفصيل فيما لو أجابت بكناية
٨٦	القول في مسألة التخيير والاختيار
٨٧	الحكم لو أجابت على الكناية بصريح
٨٨	فصل: في حكم إضافة الطلاق إلى الزوج
	الحكم لو قال: أنا منك طالق، فأضيف الطلاق هنا إلى الرجل مع أن المرأة هي
٨٨	محل الطلاق
٨٨	إن نوى الطلاق، وقع عليها
٨٩	وهل يفتقر إلى الإضافة إليها؟
٩٠	الحكم لو قال السيد لعبده: أنا منك حر
٩٠	الحكم لو قال الرجل لامرأته: أعتد منك وأستبرئ رحمي
٩٠	فصل: ولو جعل لها أن تطلق نفسها ثلاثاً، فطلقت واحدة
٩٠	تصدير الفصل بالقول في احتمال اللفظ للعدد
٩٠	إذا قال: أنت طالق ثلاثاً، فلا شك في وقوع الثلاث
	الإمام يخطئ الفقهاء الذين يقولون إن قول الرجل: أنت طالق ثلاثاً مشتمل
	على مفسرٍ وتفسيرٍ ويزعمون أن ثلاثاً يتصب على التمييز، والصواب أن
٩١	«ثلاثاً» نعت لمصدر محذوف، والتقدير: أنت طالق طلاقاً ثلاثاً
	معتمد المذهب والقطب الذي تدور عليه المسائل أن الفعل من الطلاق والاسم
	المشتق يشعران بالمصدر، والمصدر يصلح للواحد والجنس فتطرق إمكان
٩١	العدد
	لو قال لامرأته: أنت طالق واحدة، ونوى الثلاث، فهل يقع الثلاث؟ جواب
٩٢	المسألة لو نصب «واحدة»
٩٣	الحكم لو رفع «واحدة»

- لو قال: أنت طالق، فماتت، فقال: ثلاثاً، ووقع موتها مع قوله ثلاثاً، ففي
- المسألة أوجه ٩٤
- إذا قال: أنتِ بائن، ونوى ثنتين، وقعنا كما لو نوى واحدة أو ثلاثاً. وقال أبو
- حنيفة: يقع الثلاث لو نواها، والواحدة، ولا يقع الثنتان ٩٥
- عود إلى مسألة الفصل المتعلق بتفويض الطلاق، وتفصيل القول في تفويض
- العدد إلى المرأة مع تصوير موافقتها، ومخالفتها، لفظاً وقصداً ٩٥
- فصل: في حكم لفظ التحريم ٩٨
- الحكم إذا قال: أنت عليّ حرام، أو حرّمتك، أو أنت محرمة: ٩٨
- تفصيل القول إذا لم نجعل لفظ التحريم صريحاً في الطلاق: ٩٨
- إن نوى الطلاق، فهو طلاق، وإن نوى الظهار، فهو ظهار ٩٨
- وإن لم يقصد شيئاً، فثلاثة أوجه ٩٨
- التوجيه ٩٨
- تعليق من المحقق على قصة تحريم مارية القبطية (حاشية) ٩٩
- ولو قال لزوجته أو أمته: أنت عليّ حرام، وزعم أنه أراد الحلف على الامتناع
- من الوطاء، فوجهان ١٠٢
- لو قال لنسوة: حرمتكن، وقصد تحريم أنفسهن، فهل تلزمه كفارة واحدة أم
- كفارات بعددهن؟ قولان ١٠٣
- تفصيل القول في حكم التحريم إذا جعلنا لفظ التحريم صريحاً في الطلاق ١٠٤
- فصل: في كنايات الطلاق الخفية ١٠٧
- لو قال لامرأته: تجرّعي، أو ترددي، أو ذوقي، فهذه كنايات مشعرة بالفراق من
- طريق الاستعارة ١٠٧
- ولو قال: اشربي، وزعم أنه نوى الطلاق، فوجهان ١٠٧
- وألحق العراقيون: كلي، بقوله: اشربي، والإمام يراه بعيداً، وينقل عن والده
- القطع بأن «كلي» ليس بكناية ١٠٧
- ولو قال: بارك الله فيك، أو اسقيني، أو أطعميني وما أشبه ذلك، فليس بطلاق ١٠٧

- ولو قال : أغناك الله ، ونوى الطلاق ، فقد ذكر العراقيون وجهين ١٠٧
- فصل : مقصوده أن الرجل إذا قال لامرأته التي لم يدخل بها : أنت طالق ثلاثاً ،
وقعت الثلاث عند الشافعي وعامة العلماء ، وذهب بعض السلف إلى أنه لا يقع
إلا واحدة ١٠٨
- باب الطلاق بالوقت وطلاق المكره** ١٠٩
- إذا علق الطلاق بأمر في الاستقبال ، تعلق به ، ولم يقع قبل تحققه ، ولا فرق بين
أن يكون ما علق به الطلاق مما يأتي لا محالة ، وبين أن يكون الظن متردداً
فيه ١٠٩
- ثم ذكر الشافعي مسائل في ذكر الأوقات التي تفرض متعلقاً للطلاق والعتاق ،
والغرض منها بيان معاني الألفاظ المستعملة فيها ١٠٩
- إذا قال لزوجته : أنت طالق في شهر رمضان ، وقع مع أول جزء منه عندما يهل
الهلال ١٠٩
- إذا قال : أنت طالق في يوم كذا ، وقع مع أول جزء من الفجر ، وقال أبو حنيفة :
مع انتهاء ذلك اليوم بغروب الشمس ١١٠
- إذا قال : أنت طالق في آخر شهر رمضان ، فوجهان ١١٠
- إذا قال : أنت طالق في أول آخر الشهر ، فوجهان ١١١
- ولو قال : في آخر أول الشهر ، فأوجه ١١١
- لو كان في بياض النهار وقال : إذا مضى اليوم فأنت طالق ، طلقت بغروب
شمس ذلك اليوم ١١١
- ولو نكر اليوم فقال : إذا مضى يومٌ فأنت طالق ، طلقت من الغد في الوقت الذي
عقد اليمين فيه ١١١
- ولو قال بالليل : إذا مضى يومٌ فأنت طالق ، وقع بغروب شمس الغد ١١٢
- ولو قال : أنت طالق في سلخ شهر رمضان ، فأوجه ١١٢
- ولو قال لامرأته : إذا رأيت الهلال ، فأنت طالق ، فرآه غيرها ، وقع الطلاق ؛
لأن الرؤية تطلق ويراد بها العلم ١١٢

- الحكم إن قال: أردت بالرؤية العيان لا العلم ١١٢
- قال القفال: إذا ذكر الرؤية بالفارسية وأضافها للهِلال، فهي للعيان لا العلم ... ١١٣
- كلام من الإمام في الفرق بين رأى القلبية المتعدية لمفعولين، ورأى البصرية المتعدية لمفعول واحد ١١٣
- فصل: في التعليق بمضي سنة ١١٣
- إذا قال: إذا مضت السنة فأنت طالق، انصرفت إلى السنة العربية ١١٣
- فإذا نكر السنة فقال: إذا مضت سنة فأنت طالق، فلفظه يقتضي سنة كاملة باثني عشر شهراً بالأهلة ١١٤
- لا معتبر بالشهور العجمية في الآجال المطلقة في عقود الإسلام ١١٤
- الحكم لو انكسر الشهر الأول ١١٤
- فصل: في التعليق بالزمان الماضي ١١٥
- مضمون الفصل الكلام فيه إذا قال لامرأته: أنت طالق الشهر الماضي، والكلام في ذلك من وجوه: ١١٥
- أن يطلق هذا اللفظ، ولا يتعرض لقصد ونية ١١٥
- أن يقول إنه أراد أن يتنجز الطلاق في الحال، وينعكس إلى الشهر الماضي ١١٦
- القول في تعليق الطلاق بالمستحيلات ١١٧
- أن يقول إنه أراد بأن الطلاق يصادف في وقوعه الشهر الماضي من باب إسناد الوقوع إلى ما مضى ١١٨
- أن يقول إنه أراد الإخبار عن طلاق صدر من زوج غيره الشهر الماضي ١١٩
- أن يقول إنه أراد الإخبار عن طلاقه لها في نكاح سابق في الشهر الماضي، ثم جدد عليها نكاحاً بعد البينونة ١١٩
- أن يقول إن هذا إقرار منه بطلقة رجعية، وهي الآن في عدة الرجعة ١٢٠
- صور أخرى متصلة بهذا الفصل، منها أن يقول: أنت طالق غدً أمس، أو أمس غدً، أو يقول: إذا قدم فلان، فأنت طالق قبله بشهر، أو إن ضربتك فأنت طالق قبله بشهر ١٢١

- ١٢٢ فصل: في التعليق بالتطليق، ونفيه
- ١٢٢ إذا قال لامرأته: إن طلقتك فأنت طالق، أو إن لم أطلقك فأنت طالق
- ١٢٢ هذا الفصل من أصول الكتاب، ومضمونه الكلام في ثلاثة أركان: الأول - تفصيل القول في الأدوات: (إن) و(إذا) و(متى) و(متى ما) و(مهما) إذا اتصلت بالإثبات، أو بالنفي، مع العوض، ومن غير عوض
- ١٢٢ الركن الثاني - في تفصيل القول في المدخول بها، وغير المدخول بها في مسائل التعليق بالتطليق
- ١٣٠ الركن الثالث - القول في تعليق الطلاق، وهل يسمى التعليق تطليقاً؟
- ١٣٥ فرعان: ذكرهما الأصحاب هذبوا بهما أصليين
- ١٣٥ أحدهما: معنى التكرار المتلقى من قول القائل «كلّما»
- الثاني: بيان معنى تقدم التعليق وتأخره، والفرق بينهما إذا قال: إن طلقتك فأنت طالق
- ١٣٧ فصل: غرضه بيان الإكراه، والاختيار، والعمد، والنسيان
- ١٣٩ تمهيد من الإمام للفصل بالقول في حكم الإكراه، والنسيان
- ١٣٩ تفصيل القول في الإكراه، والنسيان في الطلاق:
- ١٤٠ إذا علق الرجل الطلاق بصفة تصدر منه
- ١٤٠ إذا علق الطلاق بصفة تصدر من المرأة
- ١٤١ إذا علق الطلاق بصفة تصدر من أجنبي
- ١٤٢ عود إلى مسألة السواد: إذا علق طلاق امرأته بقدوم زيد فقدم ميتاً، أو مكرها ..
- ١٤٣ الحكم إذا علق طلاق امرأته برؤية فلان، فرأته حياً، أو ميتاً
- ١٤٣ الحكم لو رأته في المنام، أو رأته في ماء يحكي لونه
- ١٤٣ والحكم إن كانت المرأة عمياء
- ١٤٤ مسائل ألحقها الأصحاب بهذا الفن
- ١٤٤ الكلام على مسائل - ملتحقة بهذا الفن - نص عليها الشافعي في السواد
- ١٤٦ فصل: في تكرير الطلاق
- ١٤٩

الحكم إذا قال لغير المدخول بها: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق	١٤٩
والحكم إذا قال ما سبق للمدخول بها	١٤٩
كلام من الإمام في مراتب التأكيد عند أهل العربية	١٤٩
الحكم لو قال: أنت طالق، وطالق، ثم طالق	١٥٠
الحكم لو قال: أنت طالق، وطالق، وطالق	١٥١
ولو قال: أنت طالق، طالق، طالق	١٥١
نص للشافعي حكاه صاحب التقریب، والإمام يحكيه، ويذكر تصرف صاحب	
التقریب في توجيهه	١٥٢
عود إلى مسائل الفصل: الحكم لو قال: أنت طالق، وطالق، فطالق	١٥٣
ضابط من الإمام يجمع المسائل المتفرقة	١٥٣
ولو قال: أنت طالق طلاقاً، فطلقة	١٥٤
ولو قال: أنت طالق طلاقاً	١٥٤
اختتام الفصل بالقول في مسألة: إذا قال لامرأته: «أنت طالق إن شاء الله» على	
الاتصال	١٥٥
فصل: في طلاق المكره	١٥٦
طلاق المكره وعتاقه لا يقع إذا تحقق الإكراه	١٥٦
صور في طلاق المكره، وحكمها	١٥٦
أصل في طلاق المكره طرده الأصحاب	١٥٧
الهازل بالطلاق يقع طلاقه، وهو الذي يقصد اللفظ دون المعنى	١٥٩
اللاغي لا يقع طلاقه، وهو الذي يبدر منه اللفظ من غير قصد	١٥٩
ولكن هل تقبل دعواه - إنه كان لاغياً، أو سبق لسانه - من غير قرينة؟	١٥٩
الإكراه على تعليق الطلاق يمنع من انعقاده، كالإكراه على تنجيذه	١٦٠
حكم الإكراه على البيع، والأيمان، والنكاح، والعقود	١٦٠
هل ينفذ البيع من الهازل؟	١٦٠
حكم الإكراه على الردة	١٦٠

- ١٦٠ يجوز إكراه الحربي على الإسلام ، ويحكم بكونه مسلماً
- ١٦١ وفي إسلام الذمي المكروه وجهان
- ١٦١ القول في الإكراه على الصفة التي علق الطلاق والعقوب بها
- ١٦١ الفرق بين الإكراه على صفة الطلاق وبين الإكراه على تنجيز الطلاق أو تعليقه ..
- ١٦١ تفصيل القول في حد الإكراه
- الإمام يرى أن القول فيما يكون إكراهاً، وفيما لا يكون إكراهاً غائضٌ عويصٌ
- ١٦١ قل اعتناء الفقهاء به
- ١٦١ مسلك العراقيين فيما يكون إكراهاً على الطلاق
- ١٦٢ طريقة القفال في حد الإكراه كما نقلها عنه القاضي
- ١٦٢ المسلك الذي ارتضاه القاضي في حد الإكراه
- ١٦٣ ما ذكره بعض المصنفين (الفوراني) في صفة المكروه
- ١٦٣ جواب الشيخ أبي محمد فيما يكون إكراهاً
- مباحثة من الإمام فيما نقله عن الأصحاب في حد الإكراه، ويرى في كلامهم
- ١٦٤ مسلكين، ثم يؤصل لهما
- ١٦٥ التفصيل للطريقتين
- ١٦٧ الإشارة إلى العثرات
- ١٦٨ فصل: في طلاق السكران
- ١٦٨ من زال عقله بالنوم، أو بالجنون، أو بالإغماء، فلا يقع طلاقه
- ١٦٨ تفصيل القول في طلاق السكران :
- ١٦٨ حكم طلاقه
- ١٦٨ حكم سائر تصرفاته
- ١٦٩ حكم رده
- ١٦٩ تفصيل القول في بيان السكر وحدّه
- ١٧٣ حكم من تعاطى شيئاً يزيل عقله

باب الطلاق بالحساب

١٧٤

- ١٧٤ إذا قال لامرأته: أنت طالق واحدة في اثنتين، فما الذي يقع من العدد؟
- إن أراد الجمع، وقعت الثلاث، لأن ما قاله محتمل، وكلمة (في) قد تستعمل
- بمعنى (مع) ١٧٤
- وإن أراد الظرف - بمعنى جعل الطلقتين ظرفاً، فهذا مقبول فلا يقع إلا واحدة .. ١٧٤
- وإن أراد الضرب - وكان عالماً بالحساب - وقع ثنتان ١٧٤
- الحكم إن أطلق لفظه وزعم أنه لم يرد شيئاً، وكان عالماً بالحساب ١٧٤
- الحكم إن أطلق لفظه وكان جاهلاً بالحساب وعبارة أهله ١٧٥
- فصل: وإن قال: واحدة قبلها واحدة، كانت طلقتين ١٧٦
- تمهيد للمسألة: لو قال لامرأته التي دخل بها: أنت طالق وطالق. طلقت
- طلقتين ١٧٦
- ولو قال: أنت طالق ثلاثاً، وقع الثلاث مع الفراغ من اللفظ، ويثور إشكال إن
- طراً ما يمنع نفوذ الطلاق كالموت عند المخاطبة ١٧٦
- لو قال لامرأته التي لم يدخل بها: أنت طالق وطالق، فلا يلحقها إلا الطلقة
- الأولى ولو قال: أنت طالق اثنتين، أو أنت طالق ثلاثاً، فيلحقها العدد المفسر
- القول في مسألة الفصل: لو قال لامرأته التي دخل بها: أنت طالق طلقاً قبلها
- طلقة، أو أنت طالق طلقة بعد طلقة، فيلحقها طلقتان تقعان في زمانين ١٧٨
- وما الواقع أولاً؟ ١٧٨
- القول في التي لم يدخل الزوج بها: لا خلاف أنه لا يلحقها طلقتان، ولكن هل
- تلحقها طلقة واحدة أم لا يلحقها شيء؟ ١٧٩
- التفريع على الوجهين المذكورين في التي دخل بها زوجها ١٧٩
- لو قال للتي دخل بها: أنت طالق طلقاً معها طلقة، أو مع طلقة، طلقت طلقتين ١٨١
- وفي كيفية وقوعهما وجهان أيضاً ١٨١
- التفريع على المرأة التي لم يدخل بها ١٨٢

- فرع: إذا قال: أنت طالق طلقة تحت طلقة، أو قال: تحتها طلقة، أو فوق طلقة، أو فوقها طلقة، أو على طلقة، أو عليها طلقة ١٨٢
- فرع: لو قال لغير المدخول بها: إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق. فدخلت الدار، فكم يلحقها من الطلاق؟ ١٨٣
- فصل: في إضافة الطلاق إلى بعض المرأة ١٨٤
- الحكم إن أضاف الطلاق إلى جزء يتصل بها اتصال خلقة، مثل أن يقول: رأسك أو يدك، أو شعرك طالق ١٨٤
- الحكم لو أضاف الطلاق إلى فضلات بدنها ١٨٤
- الحكم لو أضاف الطلاق إلى صفة من الصفات التي ليست من الأجزاء ١٨٥
- لو حكمنا بوقوع الطلاق فيما لو أضافه إلى جزء منفصل، أو جزء شائع ففي كيفية وقوعه وجهان ١٨٦
- فصل: في تجزئة الطلاق ١٨٨
- لو قال: أنت طالق بعض تطليقة، طلقت واحدة ١٨٨
- ولو زاد على الأجزاء الطبيعية، فقال: أنت طالق ثلاثة أنصاف طلقة، أو أربعة أثلاث، أو خمسة أرباع وما شابه ذلك، فوجهان ١٨٨
- الحكم لو قال: أنت طالق نصف طلقتين ١٨٩
- بيان من الإمام لمراتب الألفاظ ومعانيها وتطرق التأويل إليها ١٩٠
- الحكم لو قال: أنت طالق نصفي طلقتين ١٩١
- ولو قال: أنت طالق ثلاثة أنصاف طلقتين ١٩١
- ولو قال: خمسة أنصاف طلقتين ١٩٢
- ولو قال: أنت طالق سدس وثلاث وربع طلقة ١٩٢
- ولو قال: سدس طلقة، وربع طلقة، وثمان طلقة ١٩٢
- من قواعد هذا الفصل القول في اشتراك نسوة في الطلاق ١٩٢
- الحكم لو قال لأربع نسوة: أوقعت عليكن طلقة ١٩٢
- ولو قال: أوقعت عليكن طلقتين ١٩٣

- ولو قال: أوقعت بينكن تطليقةً، وزعم أنه أراد واحدة دون الباقيات ١٩٣
- ولو قال: أوقعت بينكن ثلاث طلاقات ١٩٤
- ولو قال: أربع طلاقات ١٩٤
- ولو قال: خمس طلاقات، وهن أربع نسوة ١٩٤
- الحكم لو قال: أوقعت بينكن تسع طلاقات ١٩٤
- الحكم لو قال: عشر طلاقات وهن أربع ١٩٥
- مسألة لصاحب التلخيص: إذا قال لثلاث نسوة: أوقعت بينكن طلاقة، ثم قال
للرابعة: أشركتك معهن ١٩٦
- فصل: في الاستثناء في الطلاق ١٩٨
- الأصول المرعية في الاستثناء ١٩٨
- تفصيل القول في المسائل ١٩٨
- الحكم لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة ١٩٨
- والحكم لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة، وإلا واحدة ١٩٨
- ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة ١٩٩
- ولو قال: أنت طالق واحدة، وواحدة، وإلا واحدة ١٩٩
- الحكم لو عطف الاستثناءات بعضها على البعض بحرف الواو ١٩٩
- ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً، إلا اثنتين ٢٠٠
- مما يتعلق بالفصل أمر فرعه ابن الحداد فيما لو زاد المطلق على العدد الشرعي
في الطلاق ٢٠١
- القول في الاستثناء بالنصف ٢٠٢
- فصل: ولو قال: كلما ولدت ولدًا، فأنت طالق ٢٠٤
- مضمون الفصل القول في تعليق الطلاق بالولادة، وتفصيل القول فيه يتأدى
بمسألتين: ٢٠٤
- إحدهما - مفروضة في التعليق بلفظة لا تقتضي التكرار ٢٠٤
- الأخرى - مفروضة في لفظة تقتضي التكرار ٢٠٦

- فصل : في تعليق الطلاق بالمشيئة ٢١١
- لو قال : أنت طالق إن شاء الله ، لم يقع الطلاق ، وهذا لا يختص بالطلاق ، بل لو عقب البيع وغيره من الألفاظ التي يتعلق بها العقود أو غيرها من الأحكام بالتعليق بالمشيئة بطلت الألفاظ جميعاً ، ولم يتعلق الحكم بشيء منها ... ٢١١
- بعض العلماء يسمى هذا استثناء ، وهو في التحقيق تعليق ٢١١
- لا فرق بين الطلاق والعتاق ، خلافاً لمالك في قوله : إن العتق المعلق بمشيئة الله ناجز ، والطلاق المعلق بالمشيئة لا يقع ٢١٢
- تعليق من المحقق على ما نسبته الإمام لمالك (حاشية) ٢١٢
- مسألة : ولو قال : أنت طالق إلا أن يشاء الله ٢١٣
- اضطراب الأصحاب في هذه المسألة والإمام يمهد القول فيها بمقدمات ٢١٣
- القول في التعليق بالمشيئة تعليقاً بصفة أخرى ، أو تعليقاً بنفسه ٢١٣
- القول في تعليق الطلاق بمشيئة شخص آخر ٢١٥
- عود إلى القول في المسألة إذا قال : أنت طالق إلا أن يشاء الله ٢١٦
- فروع : تتعلق بالمشيئة ٢١٨
- لو خاطب امرأته بالمشيئة : أنت طالق إن شئت ، فشرط المشيئة أن تكون بالمجلس ، فهي على الفور ٢١٨
- ولو قال : أنت طالق إن شاء فلان ، فلا يحمل على الفور ٢١٨
- ولو قال لأجنبي : إن شئت فامرأتي طالق ، فوجهان ٢١٨
- الحكم لو قال : أنت طالق إن شئت أنت وأبوك ٢١٩
- الحكم لو قال : أنت طالق إن شئت ، فقالت : شئتُ إن شئت فقال الزوج : شئت ٢٢٠
- ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا أن يشاء أبوك واحدة ، فشاء واحدة ٢٢٠
- لو قال : أنت طالق إن شئت ، فقالت بلسانها : شئت ، وكانت كارهة بقلبها ٢٢١
- والحكم لو أرادت بقلبها ، ولم تنطق ٢٢٣
- فرع : لو قال لزوجته الصبية : أنت طالق إن شئت ٢٢٤
- الحكم لو قال : يا طالق إن شاء الله ٢٢٥

- ولو قال : أنت طالق ثلاثاً يا طالق إن شاء الله ٢٢٦
- ولو قال لامرأته : أنت طالق إن لم يشأ الله ٢٢٧
- الحكم لو بدا قصد الاستثناء بالمشيئة بعد تمام اللفظ ٢٢٨

باب طلاق المريض

- طلاق المريض واقع كطلاق الصحيح ، ومقصود الباب الكلام في انقطاع ٢٣٠
- الميراث ٢٣٠
- القول في الميراث إذا طلق في مرض الموت : ٢٣٠
- إن كان الطلاق رجعياً ، فالتوارث قائم ما دامت في العدة ٢٣٠
- إن أبانها بسؤالها ، أو اختلاعها ، انقطع الميراث ، ولم يكن الزوج فاراً ٢٣٠
- إن لم تسأل الطلاق فطلقها ثلاثاً ، فقولان ، أظهرهما - وهو الجديد - أن ٢٣٠
- الميراث ينقطع ، والقول الثاني - وهو القديم - أن الميراث لا ينقطع ٢٣١
- مسائل متفرعة على القديم ٢٣١
- يعتبر الزوج - تفريعاً على القديم - فاراً ٢٣١
- إن ورثنا المبتوتة ، فإلى متى نورثها ؟ ٢٣١
- من الأصول المفرعة على القول القديم : لو كان تحته أربع نسوة ، فطلقهن في ٢٣٢
- مرض الموت ، وتزوج بأربع سواهن ، ثم مات ، ففي المسألة ثلاثة أوجه ... ٢٣٢
- الحكم في تعليق الطلاق في مرض الموت ٢٣٤
- الحكم في تعليق الطلاق في الصحة مع وقوعه في مقدمات مرض الموت ٢٣٥
- ولو علق الطلاق في الصحة بفعل من أفعال نفسه ، ثم مرض ، ففعله في المرض ٢٣٨
- ولو أقر في المرض بطلاقها في الصحة ٢٣٩
- ولو لاعن في مرض الموت ٢٤٠

باب الشك في الطلاق

- استدلال الشافعي في صدر الباب بحديث ورد في الشك في الحدّث في الصلاة ٢٤٢
- والإمام يبين سبب ذلك ٢٤٢
- مباحنة من الإمام لعبارة الفقهاء «إن اليقين لا يترك بالشك» ٢٤٢

٢٤٣	حكم من شك في الطلاق، هل طلق أم لا؟
٢٤٤	ذكر صور تجرّ شكوكاً في مسألة معروفة بمسألة الطائر
٢٤٦	فصل: لو قال لامرأتين له: إحدكما طالق
٢٤٦	تفصيل القول في المسألة فيما لو أبهم الطلقة لكنه نوى إحداها بقلبه
٢٤٦	من نواها بقلبه فهي الطالق في حكم الله، ولكن الأمر مبهم فيحبس عنهما، مع
٢٤٦	الأمر بالإنفاق عليهما إلى أن يبين
٢٤٦	ثم الطلاق هل يقع باللفظ السابق، أم يقع من يوم البيان؟ قولان أصحهما وقوعه
٢٤٦	باللفظ السابق مع الإبهام
٢٤٧	مباحثة من الإمام فيما أطلقه الأصحاب من منع الرجل من وطء امرأته إلى أن
٢٤٨	يبين، فكيف يمنع من وطء المستحلة عنده التي لم ينو طلاقها؟
٢٤٨	مباحثة أخرى فيما أطلقه الأصحاب من الحكم بوجوب الإنفاق عليهما
٢٤٩	مما يتعلق بتأصيل المقصود في الفصل أن الزوج إذا أبهم فحتم عليه أن يبين،
٢٤٩	ولو امتنع عن البيان عصى ربه
٢٥٠	تفصيل القول في الصيغ والألفاظ التي يستعملها المبهم في التبين، والإمام
٢٥٠	يبين فقه المسألة بالصور والمسائل
٢٥٤	القسم الثاني من النظر إلى مسألة الفصل، إذا أوقع طلقة بين امرأتين أو نسوة
٢٥٤	ولم يعين واحدة منهن بقلبه
٢٥٤	هاهنا يطالب بالتعيين، كما كان يطالب في القسم الأول بالتبيين
٢٥٥	إذا عين واحدة، فالطلاق يقع من وقت التعيين، أم من وقت التلفظ؟ وجهان
٢٥٥	توجيه الوجهين، وحقيقتهما
٢٥٧	تفريع المسائل على الوجهين
٢٦١	فصل: الحكم لو ماتت إحدى المرأتين قبل التبيين أو التعيين
٢٦٢	فلو مات الرجل وبقيتا، فهل يقوم الوارث مقام الزوج في البيان والتعيين؟
٢٦٣	الحكم إن ماتت إحداها، ثم مات الزوج، ثم ماتت الأخرى

فصل : الحكم إذا حلف يمينين ، إحداهما بالطلاق ، والأخرى بالعناق وتيقن

الحنث في إحداهما ، ولم يدر أنه حنث في أيتهما ٢٦٥

فصل : مشتمل على وجوه الاختلاف ٢٦٧

فروع متعلقة بالباب ٢٧٢

باب الهدم

وطء الزوج المحلل يهدم الطلقات الثلاث ٢٧٥

إطلاق الهدم على هذا من باب الاستعارة ، وفيه تجوز في نظر الإمام ٢٧٥

إذا طلق امرأته ولم يستوف العدد ، فنكحت المرأة ، وأصيبت ثم تخلت عن
النكاح ، ونكحها الأول ، فإنها تعود إليه ببقية الطلاق عندنا وعند محمد ، وقال

أبو حنيفة : تعود إليه بثلاث طلقات ٢٧٥

نجزت المسائل المنصوصة في السواد وما يتصل بها ، والإمام يذكر بعدها

فروعاً مصنفة ، منبهاً على ضوابط فيها ٢٧٦

فروع : في تعليق الطلاق بالحيض ٢٧٦

فروع : في تعليق الطلاق بالولادة ٢٨٣

فروع : في المسائل الدائرة ٢٨٤

فروع : متعلقة بالتعليق بصفات الأولاد ، والحمل ٢٨٩

فروع : في تعليق الطلاق بالحلف بالطلاق ٢٩٣

مسائل شتى وفروع مختلفة ٢٩٥

فرع : لو قال لامرأته : إن بدأتك بالكلام ، فأنت طالق ، فقالت : إن بدأتك

بالكلام فعبيدي حر ، ثم كلمها ، ثم كلمته ٢٩٥

فرع : إذا قال لها : إن أكلت رمانة فأنت طالق ، وإن أكلت نصف رمانة ، فأنت

طالق ٢٩٦

فرع : له امرأتان ، فقال : من بشر بقدم زيد فهي طالق فبشرته إحداهما ، ثم الثانية .. ٢٩٦

فرع : لابن الحداد : إذا كان له امرأتان : زينب وعمرة ، فنادى عمرة ، وأجاب

زينب فقال : أنت طالق ٢٩٦

- فرع: قال لإحدى امرأته: أنت طالق إن دخلت الدار، لا بل هذه، وأشار إلى
الأخرى ٢٩٨
- فرع: قال لزينب: إن طلقتك، فعمرة طالق، وقال لعمرة: إن طلقتك فزينب
طالق ٢٩٩
- فرع: في الذمي الحر إذا نكح امرأة وطلقها واحدة، ثم نقض العهد واسترّق،
ثم أراد أن ينكح تلك المرأة بعينها ٣٠٠
- فرع: قال لامرأته التي لم يدخل بها: إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة، ثم
قال لها قبل الدخول: إذا دخلت الدار فأنت طالق ثنتين ٣٠١
- فرع: في العبد إذا علق ثلاث طلاقات بصفة، فعتق، ثم وجدت الصفة ٣٠٣
- فرع: لو تزوج جارية أبيه، وعلق طلاقها بموت الأب ٣٠٤
- فرع: إذا قال لامرأته: أنت طالق مع أول موتي، أو مع موتي ٣٠٥
- فرع: إذا نكح امرأة حاملاً من الزنا، فالنكاح يصح، وفي حل الوطاء وجهان ... ٣٠٦
- فرع: العبد إذا نكح امرأة وطلقها طلقتين، وتبين أن سيده قد أعتقه ٣٠٧
- فرع: إذا قال لامرأته: أنت طالق يوم يقدم فلان، فقدم وقت الظهر، ففي وقت
الطلاق قولان ٣٠٧
- فرع: إذا قال لامرأته المدخول بها: أنت طالق واحدة، بل ثلاثاً إذا دخلت
الدار ٣٠٨
- فرع: إذا قال لامرأته: إن دخلت الدار طالقاً فأنت طالق ٣٠٩
- فرع: إذا نكح أمةً، ثم قال: إن اشتريتك، فأنت طالق ثلاثاً، وقال مالکها: إن
بعتك، فأنت حرة ٣٠٩
- فرع: إذا قال لامرأته: إن كان أول ولد تلدينه ذكراً فأنت طالق واحدة، وإن كان
أنثى، فأنت طالق ثلاثاً، فولدت ذكراً وأنثى ٣١٠
- فرع: إذا نكح جارية أبيه، أو أخيه، ثم قال: إذا مات سيدك فأنت طالق ٣١٠
- فرع: إذا قال: أنت طالق أكثر الطلاق ٣١١

- فرع: لابن سريج: إذا قال لامرأته: أنت طالق هكذا وأشار بأصبع واحدة، أو بأصبعين، أو بثلاث، والحكم إن قال: أنت طالق، ولم يقل: هكذا ولكن أشار بأصابعه ٣١١
- فرع: إذا قال: أنت طالق إن دخلت الدار إن كلمت زيدا ٣١٢
- فرع: لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم كرر هذا اللفظ ثلاث مرات ٣١٣
- فرع: إذا قال لأربع نسوة: أربعن طوالق إلا فلانة، على الإجمال ٣١٣
- فرع: إذا قال قائل للزوج: أطلقت امرأتك؟ فقال: نعم ٣١٤
- فرع: لو قال: أنت طالق طلبةً عدد التراب ٣١٦
- فرع: لو قال: أنت طالق طلبةً وطلقتين ٣١٦
- فرع: إذا قال الزوج: طلقي نفسك إن شئت ثلاثاً ٣١٦
- فرع: إذا قال: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، ثم قال: إذا طلعت الشمس، أو مطرت السماء، أو ما أشبه ذلك مما لا يتعلق باختيارها ٣١٨
- فروع: تتعلق بالمعاية، وطرائف الأسئلة ٣١٨
- فروع: في المكافأة والتعليقات بالصفات النادرة، وفي مسائل غيرها ٣٢٢
- فروع: ذكرها ابن الحداد من مسائل الخلع ٣٢٧
- نجاز مسائل الطلاق أصلاً وفرعاً، وسيأتي بقايا في الرجعة والإيلاء والظهار ... ٣٣٣
- الإمام يفي بما وعد من أنه سيجمع في آخر كتاب الطلاق قولاً ضابطاً يجري مجرى التراجم المذكورة ٣٣٣

كتاب الرجعة

- الأصل في الرجعة الكتاب والسنة والإجماع ٣٣٥
- فصل: في الأصناف التي تتعلق العدة بها، وحكم ادعاء المرأة انقضاء العدة ... ٣٣٦
- إن كانت من ذوات الأشهر، فإن كانت آيسة فادعت انقضاء الأشهر وأنكر الزوج ٣٣٦
- وإن كان انقضاء العدة بوضع الحمل، فهذا ينقسم ثلاثة أقسام ٣٣٦
- أحدها - أن تدعي إسقاط سقطٍ ظهر فيه التخطيط والتخليق ٣٣٦
- الثاني - أن تدعي إسقاط لحم لم يظهر فيه التخطيط ٣٣٧

- الثالث - أن تدعي ولادة ولدٍ كامل الخلقة ٣٣٧
- القول في ادعائها انقضاء العدة إذا كانت عدتها بالأقراء ٣٣٧
- فصل: وهي محرمة عليه تحريم المبتوتة ٣٤١
- الطلاق الرجعي يحرم الوطء، وجميع الاستمتاع، والرجعية في التحريم كالبائنة .. ٣٤١
- تشبيه الشافعي الرجعية بالمبتوتة في أصل التحريم، لا في صفته ٣٤١
- هل الطلاق الرجعي يزيل الملك؟ ثلاثة أقوال ٣٤١
- فصل: ولا تكون رجعة إلا بكلام ٣٤٤
- قصد الشافعي الرد على أبي حنيفة في مصيره إلى أن الوطء رجعة ٣٤٤
- الرجعة لا تحصل إلا بلفظٍ أو إشارة من الأخرس قائمة مقام اللفظ ٣٤٤
- الكلام في العبارات: ٣٤٤
- «رددتك إليّ» صريح في الرجعة، ولو قال: «رددتك» ولم يقل: «إليّ» فوجهان . ٣٤٤
- راجعتك صريح في الرجعة ولا يحتاج إلى صلة، ومثله ارتجعتك ٣٤٤
- اختلف الأصحاب في لفظ الإمساك «أمسكتك» على ثلاثة أوجه ٣٤٥
- ومما اختلفوا فيه الرجعة بلفظ النكاح والتزويج ٣٤٥
- صار العراقيون إلى أن ألفاظ الرجعة محصورة شرعاً، ومسلك الشيخ أن ألفاظ
الرجعة لا تنحصر تعبداً ٣٤٧
- ذكر الشافعي أن الوطء لا يكون رجعة، ولكن هل يتعلق به وجوب مهر المثل؟
- نصّ الشافعي في ذلك، وتصرف الأصحاب فيه ٣٤٨
- القول في بعض الأحكام المتعلقة بالرجعية ٣٥٠
- فصل: في الإشهاد على الرجعة ٣٥٣
- نص الشافعي في القديم على وجوب الإشهاد، والمنصوص في الجديد أنه لا
يجب الإشهاد على الرجعة ٣٥٣
- توجيه القولين ٣٥٣
- الرجعة لا تقبل التعليق بالأعذار والأخطار ولا بالصفات التي ستأتي ٣٥٥

	الحكم إذا راجع امرأته، وأشهد على ذلك، ثم إنها نكحت زوجاً دون أن تشعر
٣٥٥	بالرجعة، أو علمتها ولم تبال بها
٣٥٦	صورة أخرى للاختلاف في الرجعة
٣٥٩	فصل: في اختلاف الزوج والمرأة في الرجعة وانقضاء العدة
٣٥٩	الكلام في مقصود الفصل متعلق بثلاثة فصول:
	الأول: إذا توافق الزوجان على انقضاء العدة، وجريان لفظ الرجعة، وتنازعا
٣٥٩	في التقدم والتأخر، فالقول في ذلك يتعلق بثلاث مسائل أو صور
٣٥٩	الصورة الأولى
٣٦٣	الصورة الثانية
٣٦٤	الصورة الثالثة
٣٦٥	الفصل الثاني: إذا أنكرت المرأة الرجعة، مع الاتفاق على وقت انقضاء العدة ..
٣٦٥	الفصل الثالث: في تنازع الزوجين والعدة باقية
٣٦٧	تصوير وبيان مسألة نص عليها الشافعي في المختصر
٣٦٨	تصرف المزمي في المسألة
٣٦٩	فصل: في ثبوت العدة، والرجعة عند الاختلاف في ادعاء الإصابة ونفيها
	فصل: إذا طلق امرأته، ثم ارتد، أو ارتدت، فارتجعها في حال ردتها، أو ردة
٣٧٠	أحدهما، قال الشافعي: الرجعة فاسدة
٣٧٠	اختيار المزمي في هذه المسألة
	ضابط من الإمام في عبارات المزمي في اختياراته، وما يعد منها قولاً مخرجاً
٣٧١	للشافعي، وما يعد من مفرداته
٣٧١	توجيه الإمام للنص
٣٧٤	باب المطلقة ثلاثاً
	إذا طلق الحر امرأته ثلاثاً، أو العبد زوجته طلقتين، فيحرم عقد النكاح عليها
	حتى تنكح زوجاً آخر نكاحاً صحيحاً، ثم يغشاها الزوج الثاني، ويثبت
٣٧٤	النكاح وتخلي عن العدة، فإذا ذلك يحل للزوج المطلق تجديد النكاح

٣٧٤	اشتراط الإصابة مستفاداً من السنة
٣٧٥	القول في الجهة التي يشترط حصول الإصابة فيها
٣٧٦	الكلام في الوطء الذي يحصل به التحليل
٣٧٨	الكلام في حالات مُحَرَّمَة الوطء
٣٧٩	لو طلقها ثلاثاً، فسعت في تحليل نفسها، ثم عادت وذكرت أنها نكحت نكاحاً صحيحاً، ووطئت، وتخلّت، وحلّت، فهل يعول الزوج على قولها؟
٣٨٣	كتاب الإيلاء
٣٨٣	الأصل فيه
٣٨٣	تعريف الإيلاء لغةً واصطلاحاً
٣٨٣	صورته وحكمه على الجملة
٣٨٤	تأسيس الكتاب بذكر أصوله
٣٨٦	فصل: يتعلق بمقصودين:
٣٨٦	أحدهما - القول فيما هو إيلاء من جملة الأيمان
٣٨٧	الأيمان ثلاثة أقسام
٣٨٧	ضابط المذهب في أقسام الأيمان
٣٨٨	المقصود الثاني للفصل: بيان ما يلتزمه المولي إذا حلف بالله لا يجمع، ثم جامع
٣٩٠	فصل: في صرائح الألفاظ والكنيات فيما يتعلق بالجماع
٣٩١	ذكر الشيخ أبو علي ثلاثة أقسام تحوي جميع المقاصد: القسم الأول: ما هو صريح في الجماع، لا يتطرق إليه التدين، فلا ينوئ فيه
٣٩٢	القسم الثاني: ما يكون صريحاً، ويتطرق التدين إليه
٣٩٣	القسم الثالث: ما يلتحق بالكنيات قولاً واحداً
٣٩٤	مسألة: لو قال: والله لا أجامعك في دبرك، فهو محسنٌ، والذي صدر منه ليس إيلاءً
٣٩٤	فصل: متعلق بالمدة المحلوف عليها

- الحكم لو عقد يمينين على مدتين مختلفتين متعاقبتين، كأن قال: والله لا أجامعك خمسة أشهر، ثم إذا مضت خمسة أشهر، فوالله لا أجامعك سنة ... ٣٩٤
- الحكم لو كانت المدة الثانية يندرج تحتها المدة الأولى ٣٩٩
- ولو قال: والله لا أجامعك أربعة أشهر، فإذا مضت، فوالله لا أجامعك أربعة أشهر ٤٠٠
- فصل: في اليمين بالتزام العبادات ٤٠١
- لو قال: إن قربتك، فعلي صوم شهر، فهو مولىً تفريعاً على الجديد في أن الإيلاء لا يختص باليمين بالله ٤٠١
- إذا حنث ففيما يلزمه ثلاثة أقوال ٤٠١
- ولو قال: إن أصبتك، فله علي صوم هذا الشهر، فليس بمولى، وبيان الفرق بين المسألتين ٤٠١
- فصل: في الحلف بالطلاق ٤٠٢
- لو قال: إن جامعتك فأنت طالق ثلاثاً، فهو مولى ٤٠٣
- تفصيل القول في الأحكام المتعلقة بذلك من المطالبة بالفيئة أو تنجيز الطلاق .. ٤٠٣
- والحكم لو قال لغير المدخول بها: إن وطئتك، فأنت طالق ٤٠٦
- والحكم لو قال: أنت علي حرام، ونوى الإيلاء ٤٠٨
- فصل: في الحلف بالعتق والحكم لو علق العتق بصفتين: الوطاء والظهار ٤٠٨
- نص الشافعي في المسألة: لو قال: إن قربتك، فغلامي حرٌّ عن ظهاري إن تظاهرت ٤٠٨
- التمهيد للقول في المسألة ببيان بعض الأصول ٤٠٩
- عود إلى الكلام في مسألة الفصل ٤١١
- إن كان ثبت الظهار وتقدم، فهو مولى ٤١١
- تفصيل القول إن لم يكن تظاهر من قبل ٤١٢
- فصل: مضمونه مرتب على ما تمهد في الفصل السابق ٤١٥

صورة المسألة: إذا كان مظاهراً عن امرأة، ثم قال لأخرى: إن وطئتك، فله

علي أن أعتق هذا عن ظهاري ٤١٦

فصل: الحكم لو قال لإحدى امرأته: إن وطئتك، فصاحبك هذه طالق ٤١٨

فصل: الحكم لو آلى عن إحدى امرأته، ثم قال للأخرى: أنت شريكها ٤٢٠

مسألة: لو قال: إن جامعك فأنت زانية، فلا يكون مولياً ٤٢١

فصل: في اليمين التي تقرب الوطء من الالتزام ٤٢١

لو قال: والله لا أصبتك في السنة إلا مرة ٤٢١

هذا الفصل يستدعي تقديم أصل ٤٢١

القول في مسألة الفصل ٤٢٢

الحكم لو قال: إن وطئتك، فوالله لا أطوك ٤٢٣

الحكم لو قال: إن وطئتك فأنت طالق إن دخلت الدر ٤٢٣

فصل: غرضه تقاسيم الأيمان فيما يتعلق بامتداد المدد في الحلف على

الانكفاف عن الوطء ٤٢٥

الأيمان في غرض هذا الفصل تقع على أقسام: ٤٢٥

أحدها - يمين مطلقة في الامتناع، لا تعرض فيها لتعليق بوقت، أو أمر منتظر .. ٤٢٥

ومنها - يمين مقيدة بوقت ٤٢٥

ومنها ما يشتمل على أمر منتظر في الاستقبال، وهذا ينقسم أقساماً ٤٢٦

الحكم لو قال: لا أجامعك إلى أن تموتي، أو إلى أن أموت، أو إلى أن يموت

فلان ٤٢٧

إشكال في لفظ السواد، والإمام ينقله على وجهه، ثم يذكر تصرف المزني فيه،

والنص جمع فيه الشافعي بين أسباب مختلفة فبعضها مستبعد، وبعضها

مستقرب ٤٢٧

فصل: إذا قال: والله لا أقربك إن شئت ٤٢٩

مضمون الفصل القول في تعليق الإيلاء بمشيئة الزوجة ٤٢٩

الإيلاء قابل للتعليق كالطلاق ٤٢٩

- ٤٢٩ لو علق الإيلاء بمشيئتها، ففي اشتراط اتصال المشيئة بالمجلس ثلاث طرق . . .
- الحكم لو قال: لا أصبتك متى شئت، والفرق بين هذه الصيغة وبين السابقة «إن شئت» ٤٣١
- الإيلاء في الغضب والرضا سواء خلافاً لمالك ٤٣٢
- الحكم لو قال: والله لا أقربك حتى أخرجك من البلد ٤٣٢
- فرع: لو قال: إن جامعتك، فعبدي حر، فهو مولٍ على الجديد ٤٣٣
- الحكم لو قال: إن جامعتك فعبدي حر قبل مجامعتي إياك بشهر ٤٣٣
- باب الإيلاء عن نسوة ٤٣٤
- الحكم لو قال لزوجاته الأربع: والله لا أجامعن ٤٣٤
- صورة أخرى: والله لا أجامع واحدة منكن، وأراد التعميم ٤٣٦
- صورة أخرى تناقض السابقة: والله لا أجامع كل واحدة منكن ٤٣٧
- عود إلى الصورة الثانية: لو قال: والله لا أجامع واحدة منكن، وأراد تخصيص واحدة من جملتهن ٤٣٧
- وحكم الصورة الثانية لو زعم أن لفظه مطلق ٤٣٨
- فرع: لابن الحداد: لو كان للرجل امرأتان، فقال: إن وطئت إحداهما، فالأخرى طالق ٤٣٩
- باب على من يجب التوقيف في الإيلاء وعمن يسقط ٤٤١
- إذا آلى الرجل عن امرأته، فلا طلبة في الأربعة أشهر، فإذا انقضت فلها رفع زوجها إلى مجلس القضاء، ولو لم تطلب حقها، فلا معترض عليها ٤٤١
- حق المطالبة في الإيلاء لا يثبت إلا للزوجة ٤٤٢
- فصول: ذكرها المزماني وقد تقدم ذكرها: ٤٤٣
- الإيلاء إذا كان معقوداً على مدة فحقها أن تكون زائدة على أربعة أشهر خلافاً لأبي حنيفة ٤٤٣
- إذا حلف بطلاق امرأته أنه لا يطاء الأخرى فهو مولٍ في الجديد ٤٤٣

- الإيلاء يمينٌ لوقتٍ، فالحرّ والعبد فيه سواء، خلافاً لأبي حنيفة ومالك ٤٤٤
 الإيلاء عن الرجعية يثبت، ويبان ذلك ٤٤٤

٤٤٦ باب الوقف في الإيلاء

تصدير الباب بفصلين :

الفصل الأول: ويشتمل على موانع من الوطء في الرجل وفي المرأة تقطع مدة

- الإيلاء ٤٤٦
 من الموانع: الطلاق، والردة ٤٤٦
 الموانع في الرجل تنقسم إلى الحسّي، والشرعي ٤٤٧
 الموانع في المرأة تنقسم إلى الطبيعية والشرعية ٤٤٧
 قول غريب حكاه صاحب التقريب ٤٤٩
 غلط للمزني في النقل ٤٤٩
 مباحثة تتعلق بتعليل المذهب ٤٤٩
 الفصل الثاني: الكلام في المطالبة بعد انقضاء المدة ٤٥٠
 تفصيل القول في المطالبة حيث لا مانع طبعاً وشرعاً، لا فيه، ولا فيها ٤٥٠
 القول في المطالبة إذا فرض مانعٌ فيه أو فيها ٤٥٢
 قال الشيخ أبو محمد: الصوم منها لا يقطع المدة، ولا يمنع الاحتساب،
 وللإمام نظر فيما قاله والده ٤٥٥
 مسألة: لو اختلفا في الإصابة، فزعم الزوج أنه أصابها، وأنكرت المرأة،
 فالقول قول الزوج ٤٥٦
 إذا وقع النزاع في إثبات الإصابة ونفيها، فالقول قول النافي إلا في مسائل ٤٥٦
 يخلص الرجل عن عهدة الإيلاء بتغيب الحشفة، فلو ادعى العجز، كلفناه الفيء
 باللسان في الحال، وضرينا له مدة العنة ٤٥٨
 لو أصابها وهي مُحْرمة فقد حصلت الفیئة ٤٥٩
 فصل: الحكم لو آلى، ثم جن، ووطىء في حالة الجنون ٤٥٩
 والحكم لو أكره على الوطء ٤٦٠

- ٤٦٠ تفريع للعراقيين في مسألة المجنون
- ٤٦١ هل تحصل الفئنة باستدخالها ذكره وهو نائم؟
- ٤٦١ مسألة: الذمي كالمسلم فيما يلزمه من الإيلاء
- ٤٦٢ مسألة: الحكم إذا آلى العربي بلسان العجم
- ٤٦٢ فصل: القول في الموانع الشرعية إذا اتصف الزوج بها عند انقضاء المدة
- إذا آلى الرجل، ومضت المدة، وتوجهت عليه الطلبة وهو موصوف بمانع محرم - كأن كان مُحَرِّماً أو مظاهراً - فلو قال: أنا أفيء على ما بي من المانع، فهل تجبر المرأة على التمكن؟
- ٤٦٢ وجهان ذكرهما العراقيون
- ٤٦٥ فصل: الحكم إذا تكررت كلمة الإيلاء من الزوج

باب إيلاء الخصى غير المجبوب والمجبوب

- ٤٦٨ حكم إيلاء الخصى إذا لم يكن مجبواً، أو جُبَّ من ذكره البعض وبقي ما يتعلق به الجماع
- ٤٦٨ حكم إيلاء المجبوب الذي استؤصل ذكره، أو بقي منه ما لا يتعلق به الجماع ..
- ٤٦٩ فرع: في وجه غريب ذكره صاحب التقريب عن بعض الأصحاب
- ٤٧٠ فرع: في وجه غريب حكاه العراقيون، وزيفوه

كتاب الظهار

- ٤٧١ صورة الظهار
- ٤٧١ الأصل في الظهار
- ٤٧٢ الفصل الأول: بيان من يصح ظهاره
- ٤٧٢ تفصيل القول في المظاهر، وهو كل من يصح طلاقه
- ٤٧٢ الذمي من أهل الظهار، خلافاً لأبي حنيفة
- ٤٧٣ الفصل الثاني: من يصح الظهار عنها
- ٤٧٤ فصل: لو تظاهر من امرأته وهي أمة، ثم اشتراها

- الإمام يذكر في أول الفصل معنى العود ٤٧٥
- القول في المسألة إذا ظاهر عن زوجته الأمة، وعاد في ظهاره، والتزم الكفارة،
ثم اشتراها ٤٧٥
- القول إذا ظاهر ثم اشتراها، فهل نجعل هذا تحقيقاً للظهار ناقضاً للعود؟ ٤٧٦
- القول في ظهار السكران ٤٧٨
- باب ما يكون ظهاراً وما لا يكون ظهاراً** ٤٧٩
- الكلمة الشائعة في الجاهلية والإسلام في الظهار: أنت عليّ كظهر أمي ولا
مناقشة في الصلوات، ولو لم تستعمل صلة (أنت كظهر أمي) فذلك صريح .. ٤٧٩
- تفصيل القول في أجزاء الأم سوى الظهر، والكلام على قسمين: ٤٧٩
- ما لا يذكر في معرض الكرامة، كقوله: كيد أمي، أو كرجل، أو كبطن أمي ... ٤٧٩
- ما يذكر في معرض الكرامة، كقوله: كعين أمي، أو كروح أمي ٤٨٠
- ضابط فيما يضاف إلى البعض وما لا يضاف ٤٨١
- القول في المشبه به: ٤٨٣
- الحكم لو شبه امرأته بغير أمه من محارمه، كأن يشبهها بجده، أو أخته من
النسب أو الرضاع ٤٨٣
- أو بالمحرمات بالصهر ٤٨٤
- ولو قال: أنت علي كظهر أبي فلا يكون ظهاراً ٤٨٤
- والحكم لو شبهها بمن تحرم تحريماً مؤقتاً ٤٨٤
- أو مؤبداً - لغير محرمة - كالملاعة ٤٨٤
- الأصل الذي اتبعه الشافعي في هذه المسائل ٤٨٤
- فصل: ويلزم الحث بالظهار، كما يلزم بالطلاق ٤٨٥
- الظهار يقبل التعليق كالطلاق ٤٨٥
- لو قال: إذا نكحتك، فأنت علي كظهر أمي، فإذا نكحها لم ينعقد الظهار؛ كما
لا ينعقد الإيلاء والطلاق قبل النكاح ٤٨٥
- فصل: الحكم لو جمع بين لفظ الطلاق والظهار فقال: أنت طالق كظهر أمي .. ٤٨٥

- فصل: ولو قال: أنت علي حرام كظهر أمي، زاعماً أنه أراد الطلاق ٤٨٧
- فوائد تتعلق بلفظ التحريم ذكرها الشيخ أبو علي في مقدمة المسألة ٤٨٧
- الحكم لو زعم أنه أراد بلفظ التحريم الطلاق والظهار معاً ٤٨٩
- الإمام يعود إلى مسألة الكتاب ويبين ما يجري فيها من الأقسام والحكم في كل قسم ٤٩١
- فصل: الحكم لو ظاهر عن واحدة وقال للأخرى: أشركتك معها ٤٩٣
- فصل: الحكم لو تظاهر عن أربع نسوة بكلمة واحدة ٤٩٤
- والحكم لو أفرد كل واحدة بكلمة، وخاطبها بظهار منفرد ٤٩٦
- الحكم لو كرر الظهار في امرأة واحدة ٤٩٧
- فصل: الحكم لو كان له امرأتان: حفصة وعمرة، فقال لحفصة: إن تظاهرت عنك، فعمرة علي كظهر أمي ٥٠١
- الحكم لو قال: إن تظاهرت عن فلانة - وسمى امرأة أجنبية - فأنت علي كظهر أمي ٥٠١
- والحكم لو قال: إن ظاهرت عن فلانة أجنبية فأنت علي كظهر أمي ٥٠٢
- والحكم لو قال: عن فلانة الأجنبية ٥٠٢
- باب العود ٥٠٤
- مذاهب العلماء في تفسير العود في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ ٥٠٤
- المذهب الصحيح للشافعي أن العود هو نفس الإمساك ٥٠٥
- مسألة: المظاهر يحرم عليه الجماع حتى يكفر ٥٠٦
- اختلف قول الشافعي في أن التحريم هل يقتصر على الجماع، أم يتعداه إلى سائر جهات الاستمتاع، كالمس والاعتناق والقبلة؟ ٥٠٧
- الإمام يجمع كلاماً ضابطاً في هذه المسألة ٥٠٨
- تحريم الجماع قبل التكفير سواء فيه من يكفر بالاعتناق، أو بالصيام، أو بالإطعام، خلافاً لأبي حنيفة في تجويزه الوطء للمكفر بالإطعام ٥٠٩
- تعليق على ما نسبته الإمام لأبي حنيفة (حاشية) ٥٠٩

٥١٠	فصل : الحكم لو ظاهر، وطلق على الاتصال
٥١٠	غرض الفصل القول في عود الحنث في الظهر
٥١٠	مقدمة ممهدة للفصل
٥١١	تفصيل القول في مسألة الفصل : إن كان الطلاق رجعياً، فراجعها وأمسكها ...
	والحكم إن كان الطلاق بائناً، أو رجعياً فتركها حتى انقضت العدة، ثم جدد
٥١١	النكاح عليها
٥١٢	سؤال ينص على إشكال المسألة
٥١٣	الإمام يخوض في الجواب
٥١٦	فصل : الحكم لو ظاهر عنها، ثم لاعنها مكانه بلا فصل
٥١٦	تصوير المسألة، واختلاف الأصحاب في ذلك
٥١٨	فصل : في الظهر المؤقت
	لو أقت الظهر، فقال : أنت علي كظهر أمي خمسة أشهر، أو يوماً مثلاً، ففي
٥١٨	انعقاد الظهر المؤقت قولان
٥١٩	التفريع
٥٢٤	باب عتق المؤمنة في الظهر
٥٢٤	غرض الباب القول في الكفارة بالعتق
	لا يجزىء في الكفارات إلا رقبة مؤمنة، خلافاً لأبي حنيفة في اشتراطه الإيمان
٥٢٤	في كفارة القتل دون غيرها
	ذكر الأصحاب تقسيم الإسلام وما يحصل به، وقسموه إلى ما يحصل إنشاءً
٥٢٥	وابتداءً، وإلى ما يحصل تبعاً
	القول في جهات التبعية، وفي الأحكام المتعلقة بذلك الإسلام مضى مستقصى
٥٢٥	في كتاب اللقيط
	القسم الثاني : الإسلام الحاصل إنشاءً، والكلام فيمن يُسلم، وفيما يصح
٥٢٥	الإسلام به
٥٢٦	الأصل الذي اعتمده الشرع الإتيان بالشهادتين، وللأصحاب طريقتان في المسألة

- ٥٢٧ التفريع على الطريقتين
- ٥٢٨ إسلام الأخرس يحصل بالإشارة، والشاهد فيه الخبر، ثم النظر

باب ما يجزىء من الرقاب وما لا يجزىء،

- ٥٢٩ وما يجزىء من الصيام وما لا يجزىء
- لا يجزىء في الكفارة عتق المكاتب كتابة صحيحة، ولو أعتقه مولاه عن الكفارة، نفذ العتق عن جهة الكتابة، ولم ينصرف إلى الكفارة عندنا، خلافاً لأبي حنيفة ٥٢٩
- تعليل المذهب ٥٢٩
- الحكم إن كان العبد مكاتباً كتابة فاسدة ٥٢٩
- ولا تجزىء أم الولد ٥٣٠
- القول في العبد المرهون، أو الجاني، أو الغائب ٥٣١
- القول في العبد المغصوب ٥٣٢
- ولو اشتري من يعتق عليه بنية الكفارة، صح الشراء، ونفذ العتق، ولم ينصرف إلى الكفارة، خلافاً لأبي حنيفة ٥٣٢
- فصل: إذا أعتق نصفين من عبيدين مشتركين، ولم يسر عتقه بسبب الإعسار، فحاصل المذهب ثلاثة أوجه ٥٣٤
- والحكم لو أعتق عبداً مشتركاً بينه وبين شريكه وكان موسراً ٥٣٤
- الحكم لو أعتق عبيدين خالصين ونوى صرف نصفيهما إلى الكفارة ٥٣٦
- فصل: غرضه النظر في استدعاء العتق وما يتعلق به من أحكام ٥٣٧
- لو قال لمالك العبد الرقيق: أعتق عبدك عني بألف، فأعتقه، وقع العتق عن المستدعي ٥٣٨
- ولو لم يذكر عوضاً، وقع عنه كما لو ذكر عوضاً، خلافاً لأبي حنيفة ٥٣٨
- وفي وقت حصول الملك للمستدعي أوجه ٥٣٨
- الحكم لو قال: أعتق عبدك عن نفسك، وذكر عوضاً ٥٤١
- والحكم لو قال: أعتق عبدك ولك علي ألف، ولم يقل: عني ولا عن نفسك .. ٥٤٢

- القول في استدعاء العتق عن الكفارة، لو قال: أعتق عبدك عن كفارتي، فالعتق ينصرف إلى كفارة المستدعي ٥٤٣
- ولو قال: أعتق عبدك عن نفسك ولك كذا، فأعتقه عن كفارة نفسه، لم يقع عن كفارته ٥٤٣
- فرع: إذا قال: أعتق عبدك عني، ولم يذكر عوضاً، وقع العتق عن المستدعي كما مر في أول الفصل، قال صاحب التقريب: وهل يستحق المعتق على المستدعي شيئاً؟ فعلى وجهين مبنيين على ما لو قال: اقض ديني ٥٤٣
- فرع: إذا قال: أعتق عبدك عني غداً بألف، فقد طول صاحب التقريب نفسه في هذا، والإمام يذكر المقصود من كلامه ٥٤٤
- فصل: حكم النية في الكفارات، وحكم تعيينها ٥٤٥
- النية شرط في الكفارات، فلو أعتق رقبة ولم ينو صرفها إلى الكفارات، لم يحسب العتق عنها ٥٤٥
- وتعيين النية في الكفارات ليس شرطاً ٥٤٥
- تعليل الأصحاب لعدم إيجاب التعيين، ومباحثة من الإمام في ذلك ٥٤٥
- ولو عين وأخطأ، لم يجزئه ٥٤٨
- فصل: في كفارة المرتد ٥٤٩
- لو لزمته الكفارة، فارتد قبل التكفير، ثم كفر بالعتق - والتفريع على أن الردة لا توجب زوال الملك - أجزأه ذلك، وبرئت ذمته، ولو أسلم لم يخاطب بإعادة التكفير ... ٥٤٩
- ولا يصح من المرتد إلا إخراج الأموال في الكفارات فحسب، فيعتق، ويطعم، ولا يصوم ٥٥٠
- القول في المسألة لو فرعنا على أن الردة توجب زوال الملك ٥٥١
- باب ما يجزئ من العيوب في الرقاب الواجبة ٥٥٣
- أجمع العلماء المعتبرون على أن العيوب في الرقاب منقسمة إلى ما يمنع من الإجزاء وإلى ما لا يمنع، خلافاً لداود في قوله: ليس فيها ما يمنع، والإمام يغلظ القول مع داود ٥٥٣

- ٥٥٣ بيان أصل وضابط المذهب في العيوب التي تمنع من الإجزاء، والتي لا تمنع ..
- ٥٥٤ تفصيل القول في العيوب

باب من له الكفارة بالصيام

- ٥٥٨ بيان العجز الذي يسوغ لأجله الانتقال إلى الصوم
- ٥٥٨ القول في شرط التتابع في صوم الشهرين في كفارة الظهار وما يتعلق به من مسائل:
- ٥٦٢ لو أفطر في اليوم الأخير عمداً، وجب استئناف الكل
- ٥٦٢ وهل يفسد ما مضى، أم ينقلب نفلاً؟ قولان فيه وفي نظائره
- ٥٦٢ الحكم لو نسي النية في اليوم الأخير
- ٥٦٢ طريان الحيض لا يقطع التتابع
- أما طريان المرض الذي يبيح مثله الإفطار في رمضان، ففي انقطاع التتابع به قولان
- ٥٦٢ القول في السفر
- ٥٦٣ الخائض في صوم الشهرين هل يجوز له تركه عازماً على افتتاح الشهرين من بعد نية التتابع هل تشترط أم لا؟
- ٥٦٥ إذا ابتدأ الصوم في أول الهلال، صام الشهرين بالأهلة وسواء نقص الشهران أو كمالاً أو أحدهما
- ٥٦٥ وإن استفتح الصوم في أثناء الشهر: صام بقية ذلك الشهر، وصام الشهر الذي يليه بالحلال، ثم استكمل صوم الشهر الأول ثلاثين يوماً خلافاً لأبي حنيفة في مصيره إلى عدم اعتبار الأهلة إذا انكسر الشهر الأول
- ٥٦٦ إن حصل الفطر بسبب الإغماء ففي انقطاع التتابع قولان
- ٥٦٦ فصل: في الحالة المعتمدة في صفة الكفارة المرتبة
- ٥٦٦ اختلف قول الشافعي، فقال في قول: الاعتبار بحالة الوجوب
- ٥٦٦ والقول الثاني: الاعتبار بحالة الأداء والإقدام على التكفير

٥٦٦ وفي المسألة قول ثالث: أنا نراعي أغلظ الطرفين وأشدّهما
٥٦٦ توجيه الأقوال
٥٦٧ التفريع على الأقوال
٥٧١	باب الكفارة بالطعام
٥٧١ بيان العجز الذي يجوّز الانتقال من الصيام إلى الإطعام
٥٧٣ فصل: القول في المخرج، والمخرج إليه
٥٧٣ القول في مقدار وجنس المخرج
٥٧٣ القول في المخرج إليه: عددهم، وصفتهم
٥٧٤ فروع: شذت عن الأصول
٥٧٤ فرع: يتعلق بتقديم الكفارة على سببها
٥٧٥ فرع: لو جُن عقيب الظهار، ثم أفاق
٥٧٥ مسألة: غلط فيها الأصحاب ابن الحداد، وبها نجاز الكتاب
٥٧٧ قائمة ببعض الألفاظ التي تعذر قراءتها
٥٧٩ محتوى الكتاب